Die Beteiligung der Baugläubiger am Baugelde

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Paul Siebert, Referendar a. D.
Charlottenburg.

Bromberg 1912.
Druck der Gruenauerschen Buchdruckerei Richard Krahl.

Benutzte Literatur.

Abraham: Sind Baukredite pfändbar? in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 1905. S. 273 ff.
Affolter: Das verzinsliche Darlehn. Arch. für Bürgerl. Recht. Bd. 26 S. 1 ff.
Breit: Einiges zum Baugeldvertrag nach künftigem Recht. Juristische Wochenschrift. 1909. S. 349 ff.
Breit: Nochmals die Pfändbarkeit der Baugeldforderungen. Juristische Wochenschrift. 1909. S. 403 ff.
Bruck: Die Eigentümergrundschuld.
Brütt: Die abstrakte Forderung. Berlin 1908. Verl. Guttentag.
Budde: Die Beschlüsse der Subkommission des Reichstages zu dem Gesetzentwurf über Sicherung von Bauforderungen. Bankarchiv 1908. S. 248.
Das Bürgerliche Gesetzbuch. Ausgabe Fische-Henle.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechtes. Ausg. 1910.
Dechamps: Sind Bauvorschüsse pfändbar? Deutsche Juristenzeitung 1905. S. 903 ff.
Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Ausg. 1908.
du Chesne: Zur Frage der Pfändbarkeit des Anspruches auf Gewährung eines Darlehns. Blätter für Rechtspflege. 1907. S. 49 ff.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Ausg. 1903.
Entwurf eines Gesetzes über Sicherung der Bauforderungen, dem Reichstag vorgel. 29. April 1907.
Entwürfe eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherung der Bauforderungen. Berlin, Deckers Verlag 1901.
Friedländer: Der Baukapitalsvertrag, Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 79 S. 195 ff.
Goldbaum: Baugeldverwendung im Konkurs; Zentralmarkt für Grundstücks- und Hypothekengeldverkehr. Im Berliner Tageblatt Nr. 47 vom 26. Januar 1911.

Güthe: Die Grundbuchordnung. Ausg. 1911.
Hagelberg: Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Ausg. 1911.
Hagelberg: Zahlung aus dem Baugelde und Anfechtung im Konkurse, Zentralmarkt für Grundstücks- und Hypothekengeldverkehr. Im Berliner Tageblatt Nr. 12 vom 7. Januar 1911.
Harnier: Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1./6. 1909. Deutsche Juristen-Zeitung. 1909. S. 1307 ff.
Heilbron: Zur Frage der Pfändbarkeit der Bauvorschüsse. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. 1906. S. 612.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Ausg. 1904.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 26, S. A. 161.
Kiese: Zur Frage der Pfändbarkeit der Baugeldforderungen. Juristische Wochenschrift. 1909. S. 382 ff.
Kohler: Lehrbuch des Konkursrechtes. 1891.
Kohler: Über das Konsensualdarlehn. Arch. für Bürgerliches Recht. Bd. 2, S. 211 ff.
Kohler: Das Vereinbarungsdarlehn. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 33, S. 1.
Kretzschmar: Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902.
Lippmann: Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, Jherings Jahrbücher. Bd. 41, S. 112.
Lübbert: Der Kreditvertrag. Jherings Jahrbücher. Bd. 52, S. 313 ff.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Ausg. 1910.
Mügel: Baugeldverwendung und Baubuch. Berlin, Verlag Vahlen.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. Ausg. 1909 und 1910.
Oberneck in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Rechts. Bd. 50, S. 574.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich. Ausg. 1900.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Ausg. 1907.
Predari: Die Grundbuchordnung. Ausg. 1907. Leipzig.
Recht, Das. Jahrgang 1901 und 1903.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 8, S. 145.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Ausg. 1903.
Reichsgerichtsentscheidungen. Bd. 31, 38, 51, 52, 59, 61, 63, 66, 68.
Seufferts Archiv. Bd. 19, 25, 52, 57, 58, 60, 62.

Seuffert: Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 72.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Ausg. 1910.
Stegemann: Die Parteien im Prozeß. Zeitschrift für Zivilprozeß. Bd. 17, S. 326.
Stier-Somlo: Die neueste Entwickelung des deutschen Gewerbe- und Arbeiterschutzrechtes. Verlag von Sebal. Ausg. 1910.
Sydow-Busch: Die Zivilprozeßordnung. Ausg. 1910.
Türke: Das Bürgerliche Recht. Ausg. 1904.
Urteil des Königlichen Landgerichts II in Berlin. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. 1911, S. 78.
Urteil des Königlichen Landgerichts I in Berlin. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. 1911, S. 83.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Ausg. 1885.
Wilmowski-Levy: Die Zivilprozeßordnung. Ausg. 1895.
Zipse: Die Sicherung der Bauforderungen. Diss. Heidelberg. 1909.

Inhaltsverzeichnis.

I.
Der Zweck und die Tragweite des Gesetzes vom I. VI. 1909.

Als am 1. Juni 1909 der erste Teil des Gesetzes über Sicherung von Bauforderungen in Kraft war, glaubte man, daß jetzt die unsicheren Verhältnisse am Baumarkt aufhören würden. Leider hatte man sich in dieser Annahme getäuscht, denn ein kurzer Blick in die heutigen Verhältnisse zeigt dieselbe Unsicherheit und die gleichen Mißstände wie früher.

Die Gründe, die das Inkrafttreten des Gesetzes vom 1. Juni 1909 notwendig werden ließen, lagen einmal in der rigorosen Ausbeutung der Bauunternehmer durch die Baugeldgeber, die das gewährte Baugeld durch Verrechnung von Provisionen, Zinsen, Vertragsstrafen usw. derartig reduzierten, daß es dem Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks resp. dem Bauunternehmer von vornherein unmöglich war, den Verpflichtungen, welche er übernommen hatte, nachzukommen.

Ein zweiter Grund, der eine gesetzliche Sicherung der Baugläubiger erforderte, war die schwache finanzielle Position der Bauunternehmer, die oft, ohne jede Barmittel, einen Bau begannen, lediglich in der Absicht, sich für die Dauer des Baues ihren Lebensunterhalt zu verschaffen oder alte Schulden aus den Mitteln zu zahlen, die ihnen zum Zwecke der Bebauung des Grundstückes gewährt waren.

Die Geschädigten waren in beiden Fällen die Bauliefe-ranten und Bauhandwerker, die den Unternehmern im Vertrauen auf deren Bonität oder mit Rücksicht auf das diesen gewährte Baugeld Kredite eingeräumt hatten, ohne genügende dingliche Sicherheit hierfür erlangen zu können.

Sie waren fast ausschließlich auf Hypotheken angewiesen, die ranglich hinter dem Baugelde und dem Restkaufgelde standen, und fielen dann in einem Zwangsversteigerungs-verfahren aus, weil sie nicht die genügenden Mittel besaßen, die erforderliche Kaution für die vorstehenden Hypotheken zu stellen. Überdies waren die Hypotheken der Baugläubiger wertlos und die Übernahme hochbelasteter Grundstücke bedeutete für die gewöhnlich nicht allzu bemittelten Bau-handwerker eine Gefahr, die sie leicht ihrer ganzen Existenz-mittel berauben konnte.

Diesem Übel sollte das Gesetz vom 1. Juni 1909 abhelfen. Aber die Sicherungsbestimmungen des ersten Teiles, der an diesem Tage allein Geltung für das ganze Deutsche Reich erhielt, haben sich nicht als hinreichender Schutz gegen die unsoliden Elemente am Baumarkte erwiesen.

Gerade der zweite Teil, dessen Einführung der Landes-gesetzgebung vorbehalten ist, enthält die eigentlichen dinglichen Sicherungsbestimmungen, wie z. B. die Vorschriften über die Bauhypothek, den Bauvermerk, das Bauschöffenamt usw., welche einen wirksamen Schutz für die Baugläubiger bedeuten.

Die Verpflichtung zur Führung eines Baubuches, die Verwendungspflicht des Baugelddarlehns für den Baugeld-empfänger, die begriffliche Festlegung des Wortes „Baugeld",

sind an und für sich recht bemerkenswerte Fortschritte, einen Schutz gewähren sie dem Baugläubiger aber nur dann, wenn der Baugeldempfänger seinen Verpflichtungen nachkommt [1]) und wenn er auch eigene Mittel besitzt, die er zu dem Baugelde, das er erhält, zuzulegen imstande ist; das Baugeld reicht nämlich in den weitaus meisten Fällen nicht dazu aus, einen Bau fertig zu stellen; eine Bestimmung aber, die den kapitalschwachen und unsoliden Bauunternehmern die Möglichkeit des Bauens erschwert und damit die Stellung der Handwerker und Lieferanten bessert, ist im Teil I nicht enthalten. Die Einführung des II. Teiles wäre demnach m. E. durchaus wünschenswert.

Man hält, entgegen der hier vertretenen Auffassung, vielfach die Einführung des II. Teils für sehr bedenklich, weil durch diesen Teil gerade diejenigen geschädigt werden würden, welche das Gesetz schützen soll, und meint, daß durch die Einführung des II. Teils die ganze Bautätigkeit lahm gelegt werden würde und damit auch den zahlreichen Bauhandwerkern die Existenzmittel genommen würden [2]).

Diese Gründe erscheinen aber nicht stichhaltig. Der II. Teil richtet sich lediglich gegen die kapitalschwachen Bauunternehmer, deren Verschwinden vom Baumarkt durchaus nicht zu bedauern wäre; denn gerade diese kapitalschwachen Existenzen, die gegenwärtig in erschreckender Weise am Baumarkt überhand nehmen, bringen das Baugewerbe in Mißkredit und führen zur Unsicherheit und zu wirtschaftlichen

[1]) Die Strafbestimmungen des § 5 des Ges. v. 1./6. 09 sind m. E. unzulänglich. Vergl. Beispiel S. ...

[2]) Vgl. hiergegen Entw. v. 11. November 1906, S. 24.

Zusammenbrüchen, durch die die Bauhandwerker und Lieferanten geschädigt werden. Diese werden zweifellos sichere Forderungen in geringer Anzahl zahlreichen Aufträgen vorziehen, aus denen sie Schaden erleiden.

Auch die Terrainbesitzer, insbesondere die Terraingesellschaften, wehren sich wohl mit Unrecht gegen die Einführung des Teils II, denn das Verlangen, unbedingt Terrains zu verkaufen, führt zu einer Überproduktion von Wohnungen, der die kapitalschwachen Unternehmer zum Opfer fallen, weil sie nicht die erforderlichen Hypothekenzinsen aufzubringen vermögen. Hierdurch entstehen aber den Vorbesitzern, den Terraingesellschaften usw. erhebliche Verluste, weil sie die Grundstücke mit großen Kosten im Zwangsversteigerungsverfahren zurückerwerben müssen und dadurch Häuser erhalten, die sich für sie, infolge der leer stehenden Wohnungen, als vollständig unrentabel darstellen.

Es ist richtig, daß eine gewisse Einschränkung der Bautätigkeit mit Einführung des Teils II eintreten würde. Aber diese Einschränkung wäre eine durchaus gesunde Erscheinung. Das ganze Baugewerbe würde damit in sicherere und ruhigere Bahnen gelenkt werden [1]). Das Bauunternehmertum würde außerordentlich an Solidität gewinnen, und dieser Umstand würde dazu führen, daß dann auch Interessenten zum Bauen veranlaßt würden, welche jetzt davon zurückschrecken, weil sie mit den zahlreichen fragwürdigen Existenzen nicht identifiziert werden möchten.

---

[1]) Vgl. Äußerung Freese zum Entwurf von 1897, Entwürfe S. 98. Dagegen a. a. O. Äußerung des Vereins der Berliner Grundstück- und Hypothekenmakler.

Die scharfe Anwendung des § 35 der Gewerbeordnung, welchen man jetzt als Hilfsmittel gegen die unsicheren Elemente am Baumarkte benutzt[1]), erscheint nicht als völliger Ersatz für die gesunden Bestimmungen des Teils II, weil der Einblick in die persönlichen Verhältnisse des die Bauerlaubnis nachsuchenden außerordentlich schwierig ist, und den Behörden nicht genügende Hilfsmittel zu Gebote stehen, sich ein wirklich klares und objektives Bild von der Leistungs- und Kreditfähigkeit des Bauunternehmers zu verschaffen. Wie schwer solch eine Kontrollierung des Baugewerbes ist, sieht man am besten aus der Unzulänglichkeit unseres heutigen Auskunftswesens, das vielfach durch gänzlich falsch erteilte Auskünfte mehr schadet als nützt.

Das einzige Mittel, welches gegen die auch nach Einführung des Teils I noch fortbestehenden Schäden gegeben ist, ist die dingliche Sicherstellung der Bauforderungen, wie sie der Teil II vorsieht. Daß dieser Teil in absehbarer Zeit eingeführt wird, ist bei der gegenwärtigen Stellung der Regierungen leider nicht anzunehmen. Es ist daher notwendig, sich mit dem Teil I abzufinden und die Auslegung der einzelnen Vorschriften dieses Teils in Verbindung mit der bestehenden Gesetzgebung so zu gestalten, wie sie die wirtschaftliche Lage des Baumarktes erfordert. Nicht das engherzige Haften am Buchstaben des Gesetzes darf hierbei maßgebend sein, sondern der Gedanke, die Sicherung, welche das Gesetz anstrebt, den Baugläubigern auch wirklich zugute kommen zu lassen, und

[1]) Besonders jetzt in einzelnen Vororten von Berlin. Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. S. 35.

zwar gegen das unsolide Spekulanten- und Bauunternehmertum.

Fast alle Gesetze entstehen aus dem Bedürfnis heraus, die wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen in einer Gemeinschaft zu regeln; und überall da, wo sich Mißstände nach dieser Richtung hin herausstellen, wird der Ruf nach einem neuen Gesetze entstehen, wenn die bestehenden Gesetze diesen Mißständen nicht genügend Rechnung tragen.

Gesetze, die unter dem Drucke derartiger Verhältnisse geschaffen werden, müssen deshalb besonders unter dem Gesichtspunkte betrachtet werden, daß sie den Zweck haben, die aufgetretenen Mißstände zu beseitigen und vorbeugend zu wirken gegen etwaige künftig eintretende Schäden.

Es ist naturgemäß äußerst schwer, in jeder Beziehung diese teleologischen Momente in Inhalt und Form des Gesetzes in unbedingt richtiger Weise zum Ausdruck zu bringen, weil namentlich die wirtschaftlichen Verhältnisse sich ständig ändern, weil die Entwicklung auf dem ganzen Gebiete des Wirtschaftslebens fortschreitet und damit neue Momente in die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten hineingebracht werden, die bei Entstehung des Gesetzes noch unbekannt waren.

Gerade der Schutz der Bauhandwerker läßt sich besonders schwer auch durch gesetzliche Bestimmungen durchführen, weil die ganzen wirtschaftlichen Verhältnisse im Bauwesen unklar sind und die Geschäftspraktiken sich dauernd ändern. Noch undurchsichtiger werden für die Beteiligten die Verhältnisse dadurch, daß die komplizierten juristischen Vorgänge im Grundbuch und Hypothekenwesen den meisten Bauhand-

werkern unbekannt sind, und diese Unwissenheit von gewissenlosen Spekulanten ausgebeutet wird, ohne daß gegen dieses Geschäftsgebaren eine wirksame Handhabe gegeben ist.

Da der Teil I des Gesetzes vom 1./6. 09 ebenfalls diesen Umständen nicht oder mindestens zu wenig Rechnung trägt, so muß für die Auslegung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen vor allen Dingen der Hauptzweck des Gesetzes, die Schaffung gesünderer Verhältnisse am Baumarkt maßgebend sein.

Die dingliche Sicherung der Bauforderungen durch Hypotheken und Grundschulden, welche gegenwärtig nicht den Vorzug eines bestimmten Ranges genießt, ist in den meisten Fällen deswegen ohne Bedeutung, weil die Vorbelastung der Grundstücke oft so hoch ist, daß die für die Bauforderungen übrig bleibende Stelle außerhalb des Grundstückswertes liegt.

Außerdem krankt der § 648 BGB daran, daß er nur den Gläubigern aus einem Werkvertrag das Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek gibt, während die große Zahl der Gläubiger aus Lieferungsverträgen von der Vergünstigung dieses Paragraphen ausgeschlossen ist.

Es bleibt deshalb den Baugläubigern als Sicherheit lediglich die Beteiligung am Baugelde übrig und es muß daher gesehen werden, in welcher Weise solch eine Beteiligung entweder mit Zustimmung des Baugeldgebers und Baugeldnehmers möglich ist, oder wie weit den Baugläubigern auch gegen diese Zustimmung ein Recht auf Befriedigung aus dem Baugelde zusteht.

Die Vorschriften, welche dem Baugeldempfänger hinsichtlich der Verwendung des ihm zugesagten Baugeldes gemacht sind, bieten zwar eine gewisse Gewähr dafür, daß das Baugeld an die Gläubiger zur Auszahlung gelangt, bei der minderwertigen Qualität eines großen Teiles der Bauunternehmer ist es indes erforderlich, dem Baugläubiger die Möglichkeit eines direkten Eingriffes in das Baugeld für den Fall zu gewähren, daß dieses nicht ordnungsgemäß an die Gläubiger abgeführt wird und die Verpflichtungen, die der Baugeldempfänger den Gläubigern gegenüber eingegangen ist, nicht pünklich erfüllt werden.

II.

Die Mittel zur Beteiligung der Baugläubiger am Baugeldanspruch.

1. Die Anweisung.

Eine Möglichkeit, eine gewisse Beteiligung der Baugläubiger am Baugelde herbeizuführen, ist mit der Anweisung gegeben.

Die Anweisung ist in ihrer Form in den meisten Fällen abstrakt, losgelöst von den materiellen Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen untereinander und ohne äußerlichen Hinweis auf diese materiellen Rechtsverhältnisse [1]).

Nicht immer aber ist dies der Fall. Es liegt vielmehr in dem Willen der Parteien, in der Form der Anweisung auf die besonderen Beziehungen hinzuweisen, welche zwischen dem Anweisenden, dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger [2]) bestehen, und damit eine Verbindung zwischen dem materiellen Rechtsgrund und der Form der Anweisung zu schaffen.

Die Absicht der Parteien, den Rechtsgrund bei der Anweisung hervorzuheben, kommt mitunter so scharf zum Ausdruck, daß die materiellen Rechtsbeziehungen integrierender Bestandteil der Anweisung sind, und daß von einer völligen

---

[1]) Staudinger, Kommentar zu § 783 VIII, Planck, Kommentar. Vorbem. zur Anweisung. Bd. 2. S. 863.

[2]) Bei der folgenden Darstellung ist unter dem Anweisenden der Bauunternehmer, unter dem Angewiesenen der Baugeldgeber und unter dem Anweisungsempfänger der Baugläubiger zu verstehen.

Abstraktion von dem materiellen Rechtsgrund, der causa, nicht mehr die Rede ist.

Ganz besonders tritt das kausale Moment bei der Anweisung im Baugeldverkehr hervor. Daß hier die abstrakte Natur der Anweisung völlig aufgegeben worden ist, liegt an der besonderen Art der Baugeldanweisung, und hat ihren Grund vor allem in den wirtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander.

Den wesentlichsten Einfluß auf die Gestaltung der Anweisung hat der Baugeldgeber, von dem der Bauunternehmer in den meisten Fällen wirtschaftlich vollständig abhängig ist. Der Baugeldgeber hat aber ein reges Interesse daran, daß die kausalen Momente zwischen ihm und dem Bauunternehmer bei der Anweisung hervorgehoben werden, weil er die Verbindlichkeit gegenüber dem Anweisungsempfänger naturgemäß nicht weiter ausdehnen will, als sie gegenüber dem Bauunternehmer gewesen ist. Damit ergibt sich die Kausalität der Anweisung im Baugeldverkehr von selbst.

Für die Kausalität spricht aber weiter noch der Umstand, daß bei der Baugeldanweisung nur ein bestimmter Personenkreis in Frage kommt. Der Baugeldempfänger hat nach dem Gesetze vom 1./6. 09 die Verpflichtung, das ihm zustehende Baugeld nur an Personen zu zahlen, die Baugläubiger im Sinne des Gesetzes sind, die also auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages etwas für den betreffenden Bau geleistet haben.

Auch der Baugeldgeber darf nur solche Anweisungen berücksichtigen, die auf Baugläubiger lauten, denn mit dem

Augenblick, wo er die Anweisung annimmt, übernimmt er die Verpflichtung zur Zahlung von Baugeld und hat deshalb zu prüfen, ob durch die Zahlung dieses Geld bestimmungsgemäß verwendet wird.

Unter den vorher erwähnten Gesichtspunkten haben sich zwei typische Formen für die Anweisung im Baugeldverkehr entwickelt, die an zwei Beispielen gekennzeichnet werden mögen.

1. Form:

„An die Terraingesellschaft Berlin m. b. H.

Herr Zimmermeister Müller hat für meinen Neubau in der Grellstraße die Holzlieferung zum Preise von 5000 ℳ übernommen. Ich weise Sie hiermit an, diese Summe an Herrn Müller aus dem mir gemäß dem Baugeldvertrage vom 8. Dezember 1911 zustehenden Baugelde zu zahlen und zwar bei Fälligkeit der Rate 1 des Baugeldvertrages 2500 ℳ, bei Fälligkeit der Rate 5 des Baugeldvertrages 2500 ℳ."

Das kausale Moment tritt also bei dieser Form der Anweisung ganz in den Vordergrund. Es wird einmal Bezug genommen auf den Baugeldvertrag und gewisse einzelne Modalitäten desselben, also auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen und es wird weiter hervorgehoben, daß der Anweisungsempfänger Baugläubiger ist und damit einen Anspruch auf das Baugeld hat. Also kein abstraktes, von der causa unabhängiges Summenversprechen hat diese Anweisung zum Gegenstand, sondern sie lautet auf eine Summe, deren Zahlung erst unter bestimmten Bedin-

gungen zu leisten ist, die aus dem Rechtsverhältnis zwischen Baugeldgeber, Baugeldnehmer und Baugläubiger entspringt.

Die zweite Form der Anweisung unterscheidet sich nicht wesentlich von der ersten. Sie lautet etwa:

„An die Terraingesellschaft Berlin m. b. H.

Herr Töpfermeister Schulz hat für meinen Neubau in der Grellstraße die Töpferarbeiten zum Preise von 3000 ℳ übernommen. Ich weise Sie hiermit an, aus dem mir für diesen Bau gemäß dem Baugeldvertrage vom 8. Dezember 1911 zustehenden Baugelde die oben bezeichnete Summe an Herrn Schulz zu zahlen und zwar, sobald die Öfen in zwei Etagen fertig gestellt sind, 1500 ℳ, sobald sämtliche Töpferarbeilen fertiggestellt sind, 1500 ℳ."

Auch hier ist kennzeichnend dieselbe Hervorhebung der kausalen Momente. Ein Unterschied von der ersten Form liegt nur insofern vor, als hier die Zahlung von der Bedingung abhängig gemacht ist, daß der Anweisungsempfänger bestimmte Arbeiten am Bau vollendet, während bei der ersten Form die Zahlung ohne Rücksicht auf die Vollendung dieser Arbeiten dann erfolgt, wenn die einzelnen Baugeldraten fällig geworden sind. Bei Form 1 muß der Baugläubiger mitunter einen längeren Kredit einräumen, da seine Arbeiten manchmal bedeutend früher fertiggestellt sind, als die Fälligkeit der Raten eintritt, auf die die Anweisung lautet.

Selbstverständlich ist auch bei der ersten Art der Anweisung, daß Leistungen des Anweisungsempfängers zum Bau vorhanden sein müssen; denn die Anweisung kann nur auf „Bau-

gläubiger" lauten [1]) und der Anweisungsempfänger wird erst Baugläubiger, wenn er etwas zum Bau geleistet hat.

Die Vornahme der Anweisung vollzieht sich im übrigen entsprechend den allgemeinen Vorschriften über die Anweisung aus BGB. § 783. Die Anweisungsurkunde wird von dem Anweisenden dem Anweisungsempfänger überreicht, der sie dem Angewiesenen zur Akzeptation vorlegt. Für die kaufmännische Anweisung ist noch zu berücksichtigen, daß sie nach § 365 HGB. durch Indossament übertragen werden kann, wenn sie an Ordre lautet. Die Anweisung ist in diesem Falle ein Ordrepapier mir Ordreklausel. Die Rechte aus der Anweisung gehen durch das Indossament nach § 364 HGB. auf den Indossator über mit der Wirkung, daß der Schuldner dem legitimierten Besitzer der Anweisung nur die Einwendungen entgegensetzen kann, die die Gültigkeit der Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.

Erst durch die Annahmeerklärung seitens des Angewiesenen wird die Anweisung für den Anweisungsempfänger wertvoll. Bis zur Annahme ist der Angewiesene nicht verpflichtet, an den Anweisungsempfänger zu leisten [2]), denn nach § 783 BGB. ist er bis zu diesem Zeitpunkte nur ermächtigt [3]),

---

[1]) Hagelberg: Kommentar zu § 1, 47 b.

[2]) Über den Streit, als was die Anweisung rechtlich aufzufassen ist, s. Planck Bd. 2, S. 863, Staudinger, Kommentar, Vorbemerk. zur Anweisung. Bd. 2, II, S. 1496 ff., Lent, a. a. O., Wendt: Das Allg. Anweisungsrecht, Brütt: die Abstrakte Forderung, S. 169 ff.

[3]) Lent: Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse. S. 4: „Ermächtigung ist Gutheißen der rechtlichen Einwirkung auf unser Vermögen durch ein von dem Ermächtigten im eigenen Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft."

die Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu zahlen [1]).

Im Augenblick der Annahme übernimmt er aber die Pflicht der Zahlung, sobald die Bedingungen für diese eingetreten sind, und ist auf die Einwendungen beschränkt, welche ihm aus § 784 BGB. zustehen. Es sind dies dieselben Einwendungen, die HGB. § 364 vorsieht, d. h. er kann Einwendungen gegen die Gültigkeit der Annahmeerklärung erheben. Hier käme vor allem mangelnde Geschäftsfähigkeit in Frage; auch kann er die Einwendungen geltend machen, die ihm unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen.

Er kann sich ferner auf den Inhalt der Annahmeerklärung und eventl. dort enthaltene Beschränkungen berufen und hat schließlich noch Einwendungen aus dem Inhalt der Anweisung. Was den letzten Einwand anbetrifft, so verpflichtet die Annahme den Angewiesenen nur soweit, als der Inhalt der Anweisungsurkunde ergibt. Man sagt vielfach, die Annahme ist entweder kausal oder abstrakt. Dies ist nicht richtig, weil die Annahme ohne Rücksicht auf den Willen des Akzeptanten so weit gegen ihn gilt, als der Inhalt der Anweisung ihn verpflichtet. Die Annahme ist daher weder abstrakt noch kausal, es kommt vielmehr ganz darauf an, ob die Anweisung selbst kausal oder abstrakt ist. Die Annahme hat nur skripturrechtliche Bedeutung. Im Baugeldverkehr wird man daher sagen

[1]) Über den Streit, als was die Anweisung rechtlich aufzufassen ist, siehe Planck Bd. 2, S. 863, Staudinger, Kommentar, Vorbemerk. zur Anweisung. Bd. 2, II, S. 1496 ff. Lent, a. a. O., Wendt: Das Allg. Anweisungsrecht, Brütt: Die Abstrakte Forderung, S. 169 ff.

können, daß es sich bei der Annahme der Baugeldanweisung um die skripturrechtliche Annahme einer kausalen Verbindlichkeit handelt, deren Umfang durch den Inhalt der Anweisungsurkunde begrenzt wird.

Die Anweisung stellt keine Liberierung des Anweisenden von der Schuld dar und es treten mitunter Fälle ein, in denen der Baugläubiger Zahlung vom Anweisenden beanspruchen kann zu einer Zeit, wo der Angewiesene nach dem Inhalt der Anweisung zu einer Zahlung an den Gläubiger noch nicht verpflichtet ist. Dies wird insbesondere dann eintreten, wenn der Bau ins Stocken gerät und die Fälligkeit der einzelnen angewiesenen Beträge dadurch eine Verzögerung erleidet. In diesem Falle ist daran festzuhalten, daß der Angewiesene infolge der skripturrechtlichen Wirkung der Annahme erst dann zur Zahlung verpflichtet ist, wenn tatsächlich gemäß dem Inhalt der Anweisung der angewiesene Betrag fällig geworden ist. Da aber die Anweisung eine Befreiung des Anweisenden von der Schuld nicht zur Folge hat, können die Ansprüche, welche der Baugläubiger gegen den Anweisenden hat, diesem gegenüber geltend gemacht werden, auch wenn die Voraussetzung für die Zahlung aus der Anweisung nicht eintreten, insbesondere wenn durch irgendwelche Umstände die Bauarbeiten eine Verzögerung erleiden. Der Baugläubiger braucht dann nicht bis zur Fälligkeit der Rate zu warten, für die er die Anweisung erhalten hat, denn die mit dem Baugeldempfänger getroffene Vereinbarung, daß er mit der Befriedigung aus seiner Forderung bis zur Fälligkeit bestimmter Baugeldraten warten wolle, kann nur als eine Stundung

der Forderung unter der Voraussetzung des regulären Fortschrittes der Bauarbeiten aufgefaßt werden[1]). Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so kann der Gläubiger von dem Baugeldempfänger bereits früher Zahlung verlangen, und zwar zu dem Zeitpunkte, wann bei regulärem Fortschritt der Arbeiten die Fälligkeit der Rate eingetreten wäre, bei der er die Zahlung zu beanspruchen hatte.

Diese vertraglichen Beziehungen, die zwischen dem Baugeldempfänger und dem Baugläubiger vestehen, berühren aber nicht den Baugeldgeber (Angewiesenen), da dieser ja auch an den Baugeldempfänger erst zu zahlen hätte, wenn die Rate fällig geworden wäre. Von dieser Fälligkeit hat er auch den Baugläubiger (Anweisungsempfänger) gegenüber die Zahlung abhängig gemacht.

Der Anweisungsempfänger ist nicht Baugeldempfänger in dem Sinne, daß er mit Zahlung dieses Betrages die Verwendungspflicht auf sich nehmen würde, denn durch die Zahlung aus der Anweisung erlischt seine Forderung an den Anweisenden. Die Zahlung bedeutet vielmehr die Befriedigung einer Bauforderung aus dem Baugelde. Wollte man den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen, so müßte man alle Baugläubiger auch als Baugeldempfänger bezeichnen. Anders liegt allerdings die Sache dann, wenn der Anweisungsempfänger Treuhänder für die Gläubiger ist; denn mit der Treuhandschaft übernimmt der Treuhänder die Verpflichtung zur bestimmungsgemäßen Verwendung des Baugeldes. Da

---

[1]) Blätter für Rechtsanwendung. Jahrg. 1911, S. 79.

also die Verwendungspflicht auf ihn übergegangen ist, ist er Baugeldempfänger[1]).

Die wirtschaftlichen Vorteile, welche der Baugläubiger sich durch die Forderung einer Anweisung sichert, sind nicht zu unterschätzen; denn sie bieten dem Baugläubiger insofern einen Schutz, als der Baugeldnehmer infolge der Anweisung das für den Baugläubiger reservierte Geld nicht in die Hände bekommt, und somit die Gefahr vermieden wird, daß das Baugeld zu anderen Zwecken verwendet wird.

Freilich muß auf anderer Seite berücksichtigt werden, daß die Anweisung bis zur Annahme durch den Angewiesenen widerrufen werden kann und daß auch gerade deshalb, weil meistens das Fälligwerden der Raten Bedingung für die Auszahlung ist, die Gefahr für den Baugläubiger also durch die Anweisung nicht völlig beseitigt ist.

2. Die Zession.

Das der Anweisung fehlende Moment der Unwiderruflichkeit wohnt der Zession inne, die ebenfalls ein Mittel, den Baugläubigern die Beteiligung am Baugelde zu verschaffen, darstellt. Die Abtretung kann einmal in der Zession eines Teiles der Baugeldhypothek seitens des Baugeldgebers erfolgen, zum andern kann durch den Baugeldempfänger der Anspruch auf die Baugeldvaluta abgetreten werden. Über die Abtretung der Baugeldhypothek wird im dritten Teil dieser Arbeit näher eingegangen.

Die Zulässigkeit der Abtretung des Baugeldanspruches und der Umfang der Abtretungsmöglichkeit ist äußerst be-

[1]) Hagelberg, Komm. zu § 1, 43 d.

stritten. Die Streitfrage nimmt ihren Ausgang von dem Wesen des Darlehns und vor allem von den Bestimmungen des § 399 BGB.

Daß seitens der Parteien vertraglich die Abtretbarkeit des Darlehns ausgeschlossen werden kann, bedarf keiner besonderen Erörterung. § 399 sieht diesen Fall ausdrücklich vor, und zwar hat ein derartiger vertraglicher Ausschluß auch rechtliche Wirkung gegenüber dritten Personen. Nimmt daher der Schuldner entgegen der Vereinbarung eine Abtretung vor, so kann der Zessionar keine Rechte daraus herleiten.

Die Gründe dafür, daß das Vertragsverhältnis zwischen den beiden Kontrahenten, dem Darlehnsgeber und dem Darlehnsnehmer, auch nach außen hin, Dritten gegenüber, eine derartige Wirkung ausüben kann, liegen darin, daß es den Parteien überlassen bleibt, den Baugeldvertrag so zu gestalten, wie es ihnen beliebt; es ist daher der Parteivereinbarung vorbehalten, Zessionen zu gestatten oder auszuschließen, Anweisungen anzunehmen oder zu verbieten [1]). Der Darlehnsgeber soll nicht gehalten sein, den Vertrag zu erfüllen, wenn der andere Vertragsteil den Vereinbarungen zuwider zugunsten anderer über die ihm gegen den Darlehnsgeber zustehenden Ansprüche verfügt. Der Zessionar muß sich in solchen Fällen erkundigen, ob Zessionen ausgeschlossen sind oder nicht.

Eine andere Frage ist es, ob der besondere Charakter des Baugeldes und die Verpflichtung des Darlehnsnehmers, das dargeliehene Geld zur Befriedigung bestimmter Personen zu

[1]) RG. Bd. 68, S. 357.

verwenden unter Umständen es bewirken kann, daß eine Zession von Baugeld ungültig ist, auch wenn die Abtretung an sich nicht vertraglich ausgeschlossen ist.

Der § 399 BGB. sieht außer der vertraglichen Ausschließung der Zession auch noch eine Unzulässigkeit der Abtretung in dem Falle vor, wenn durch die Zession die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen könnte.

Die Untersuchung über diese Frage führt zunächst zu der Frage der Abtretung von Forderungen überhaupt, insbesondere von Darlehnsforderungen.

Nach § 398 BGB. kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden, und zwar mit der Wirkung, daß der neue Gläubiger mit Abschluß des Vertrages an die Stelle des alten Gläubigers tritt, jedoch darf nach § 399 durch die Leistung an den Zessionar eine Veränderung des Leistungsinhalts nicht herbeigeführt werden. Hierin liegt vor allem die Schwierigkeit der Abtretbarkeit des Baugeldanspruches.

Der Baugeldanspruch der dem Baugeldempfänger zusteht, ist auf Grund des mit dem Darlehnsgeber geschlossenen Baugeldvertrages entstanden. In diesem Baugeldvertrag hat sich der Baugeldgeber verpflichtet, eine bestimmte Summe entweder auf einmal oder in besonderen, je nach dem Fortschreiten des Baues festgelegten Raten an den Baugeldempfänger zu zahlen, und zwar mit der Maßgabe, daß dieses darlehnsweise hergegebene Geld zum Zwecke der Bebauung eines Grundstücks dienen soll. Der Baugeldanspruch gründet sich also

auf das in dem Baugeldvertrage abgegebene Baugeldversprechen und es entsteht damit die Frage, als was dieses Darlehnsversprechen juristisch aufgefaßt werden kann.

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß dieses Darlehnsversprechen ein Vorvertrag zu dem später zu gebenden Darlehn ist, ein pactum de mutuo dando[1]). Der Darlehnsvertrag selbst kommt erst durch Hergabe der res zustande, ist ein Realvertrag und als solcher von dem einseitig verpflichtenden Vorvertrag, dem Darlehnsversprechen zu trennen.

Bei dieser Deduktion besteht also im Falle des Baugeldvertrages der Anspruch des Darleihers nicht in einem Anspruch auf die Darlehnssumme, welche im Baugeldvertrage genannt ist, sondern in einem Anspruch auf den Abschluß eines Darlehnsrealvertrages, welcher der Hauptvertrag ist. Der Anspruch auf den Abschluß eines Darlehnsvertrages kann aber m. E. nicht abgetreten werden, da durch die Abtretung der Zessionar an die Stelle des Zedenten tritt und der Zedent hierdurch aus der Haftverbindlichkeit für die Rückzahlung des Darlehns frei werden würde. Diese Folge soll aber gerade beim Darlehn vermieden werden.

Das Darlehn ist vielfach ein Vertrauensgeschäft, bei dem der Darlehnsnehmer durch seine persönliche finanzielle Position dem Gläubiger die Gewähr der Rückzahlung des Darlehns bietet. Es kann daher dem Gläubiger nicht zugemutet werden, daß durch die erfolgte Zession ein anderer Schuldner an die

---

[1]) Staudinger: Komm. 2 II, Vorbem. zu § 607, S. 968. Matthias: Komm. zu § 320. Planck: Komm. Bd. 1, S. 1154 ff. Dechamps: D. J. Z. Jahrg. 1905, S. 907.

Stelle des bisherigen tritt. Durch die Änderung der Person des Schuldners würde deshalb stets eine Änderung des Inhalts der Leistung gefolgert werden müssen, damit wäre die Voraussetzung des § 399 erfüllt und die Unzulässigkeit der Abtretung eines Darlehns insbesondere des Baugelddarlehns [1]) bei der Realvertragstheorie gegeben. Für den Baugeldverkehr würde diese Auffassung den vollständigen Ausschluß des Gläubigers vom Baugeld bedeuten, denn mit der Unzulässigkeit der Abtretung würde auch die Unmöglichkeit einer Pfändung gegeben sein, und damit ein Resultat geschaffen werden, das den praktischen und wirtschaftlichen Bedürfnissen in keinem Falle entspricht. Man fühlte wohl bei den Vertretern dieser Theorie, daß die Abtretung mitunter nicht nur als zweckmäßig, sondern auch als notwendig angesehen werden muß. Aber die Trennung von Zessionar und Schuldner mußte bei der Auffassung, daß der Darlehnsvertrag ein Realvertrag sei, als unmöglich bezeichnet werden [2]), denn den aus dem pactum de mutuo dando Berechtigten mußte das Recht versagt werden, „ohne den Willen desjenigen, welcher sein Darlehnsgläubiger zu werden versprochen hatte, diesem einen anderen Schuldner zu substituieren [3]). Die natürliche Folge des Darlehnsrealvertrages war es also, daß mit der Übertragung des Darlehnsanspruches der Zessionar auch Schuldner des Darlehnsgebers wurde. Der Zedent konnte eben nicht mehr Rechte über-

[1]) Türke: Das Bürgerl. Recht, Bd. 1, S. 451. Staudinger: Komm. zu § 610 u. § 399 c. Rehbein: Das Bürgerl. Gesetzbuch, S. 387, 10. Cosack: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, S. 589. LG. München: Beschl. v. 2./8. 1901 im „Recht" 1901, S. 231. OLG. München: Beschl. vom 18./8. 1901 ebenda.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 19, S. 58.

[3]) Seufferts Archiv Bd. 25, S. 29 u. 30.

tragen, als er selbst hatte, er konnte nicht Rechte aus einem Darlehnsvertrage abtreten, den er noch gar nicht abgeschlossen hatte. Trat er aber das Recht auf den Abschluß des Vertrages ab, so konnte nur der Zessionar den künftigen Vertrag abschließen und wurde damit Schuldner des Darlehnsgebers. Da natürlich der Darlehnsgeber solch eine Änderung der Person nicht zu dulden brauchte, war eine derartige Zession ohne den Willen des Darlehnsgebers unmöglich.

In der Judikatur des Reichsgerichtes wird anerkannt, daß die strenge Durchführung dieser Auffassung zu Ergebnissen führt, die nicht den praktischen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens entsprechen. Das Reichsgericht [1]) versucht auf einem anderen Wege zu einem besseren Resultat zu gelangen, ohne den eingebürgerten Gedanken, daß das Darlehn ein Realvertrag ist, aufzugeben. So finden wir in Bd. 31, S. 164 ff. die Auffassung vertreten, daß es auf den Inhalt des Vertrages ankäme, ob die Parteien von vornherein ein zessibles oder nicht zessibles Forderungsrecht begründen wollen. Bd. 66, S. 361 führt diesen Gedanken weiter aus und stellt es in den Willen der Parteien, ob die „Übertragbarkeit des Anspruches durch Vereinbarung der Vertragschließenden begründet wird, daß nämlich hiernach durch Auszahlung des Betrages, welchen der Darlehnsgeber an den Zessionar zahlen würde, der Zedent Schuldner des Darlehnsgebers werde, dem Dritten aber ein Recht auf Auszahlung des Geldes an ihn verschafft werden soll." Eine ähnliche Auffassung finden wir in Bd. 68, S. 355 ff.: „.... allerdings ist es richtig, daß der zukünftige Dar-

[1]) RG. S. 366 spricht bereits von der Auffassung des Darlehns als Konsensualvertrag nach Rheinischem Recht.

lehnsschuldner keinen Anspruch auf eine bestimmte Geldzahlung schlechthin abtreten kann, weil er einen solchen noch gar nicht hat. Er hat aber den Anspruch auf Zahlung der bestimmten Geldsumme mit der Wirkung, daß er dafür Darlehnsschuldner werde und weshalb er diesen Anspruch nicht abtreten könne, ist nicht einzusehen. In solcher Abtretung ist zugleich die Ermächtigung des Zessionars enthalten, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten entgegenzunehmen und deswegen ist der Fall des § 399 nicht gegeben".

Die Ausführungen des Reichsgerichts sind m. E. nicht recht mit den Grundsätzen des Realvertrages in Einklang zu bringen. Wenn hier von der Abtretung einer bestimmten Summe gesprochen wird, auf die der Zedent mit der Wirkung, daß er Darlehnsschuldner werde, Anspruch hat, so wird mit der Abtretung dieser Summe auch die Wirkung der Rückzahlung mit übertragen; damit würde aber der Zessionar Schuldner werden und § 399 BGB. müßte zur Anwendung kommen. Es muß ferner daran festgehalten werden, daß hier der Anspruch auf den Abschluß eines Vertrages abgetreten wird. Die Zahlung der Darlehnssumme ist aber ein Teil des Realvertrages; der Anspruch auf diese Summe entsteht erst mit dem Realvertrag und kann deshalb nicht vorher abgetreten werden.

Richtig ist, daß unter Umständen in der Zession eine Ermächtigung zur Empfangnahme des Geldes liegen kann. Staudinger spricht z. B.[1]) von der Möglichkeit der Überweisung eines Dritten als Empfangsberechtigten der Darlehnssumme. Diese Überweisung kann m. E. aber nichts

---

[1]) Staudinger Komm. zu § 399 c.

anderes als eine Vollmacht zur Empfangnahme der Valuta bedeuten. Dann liegt jedoch keine Zession vor. Im Falle einer Klage würde hier der Dritte nicht als Zessionar, sondern als Bevollmächtigter für den eigentlichen Darlehnsschuldner die Darlehnsvaluta beanspruchen. Derartige Vollmachten sind im Baugeldverkehr sehr beliebt, weil die Abtretbarkeit der Baugeldforderung im Baugeldvertrag in den weitaus meisten Fällen ausdrücklich ausgeschlossen ist. Der Gläubiger erreicht in diesem Falle dasselbe wie mit der Zession, ohne daß der Baugeldgeber die Zahlung an ihn verweigern kann.

Die vorher erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts sind vor allem insofern bedeutsam, als darin die Notwendigkeit der Abtretbarkeit anerkannt wird, wenn auch die Konstruktion bei der grundsätzlichen Beibehaltung der Auffassung des Darlehnsvertrages als eines Realvertrages etwas gezwungen erscheinen muß. Wir finden hier aber eine allmähliche Annäherung an die Auffassung, daß sich die Abtretung des Baugeldanspruches nicht als eine Abtretung des Anspruches auf den Abschluß eines Vertrages, sondern als Abtretung des Anspruches auf die Darlehnssumme darstellt. Diese Auffassung kann aber wohl nur überzeugend begründet werden, wenn man den Darlehnsvertrag als Konsensualvertrag auffaßt.[1])

Das geltende Recht bietet m. E. kein Hindernis dafür, das Darlehn als Konsensualvertrag zu behandeln.

Allgemein wird die Ansicht vertreten, daß das mutuum des Römischen Rechts im wesentlichen dem heutigen Darlehn

---

[1]) Kohler Arch. für Bürgerl. Recht. Bd. 2, S. 211 u. Bd. 33, S. 1 ff.

entspricht, und man hat sich daran gewöhnt, dieses Darlehn im großen und ganzen auch analog dem römischen mutuum zu behandeln, und doch ist im BGB. keine Bestimmung vorhanden, die diesen Standpunkt unbedingt rechtfertigen könnte. Das BGB. beschränkt sich vielmehr darauf, gewisse Bestimmungen für den Fall vorzusehen, daß Geld oder vertretbare Sachen als Darlehn hingegeben worden sind, ohne aber eine bestimmte Definition des Wortes „Darlehn" zu geben. Die Motive sagen zwar[1]), daß zu dem Begriffe des Darlehns die Hingabe des dargeliehenen Betrages zu Eigentum erforderlich sei und haben als zweites Merkmal für das Darlehn die Rückzahlungspflicht des Darlehnsempfängers bezeichnet. Diese Definition erscheint insoweit richtig, als für die Erzeugung der Rückzahlungspflicht die Hingabe der Darlehnssumme erforderlich ist. Es kann aber hieraus nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß der Darlehnsvertrag aus diesem Grunde als Realvertrag aufzufassen ist. Es ist erforderlich, hierbei zwischen dem „Darlehn" und dem Darlehns„vertrag" zu unterscheiden. Der Darlehnsvertrag enthält die verpflichtende Erklärung zur Hergabe einer Geldsumme oder vertretbaren Sache als „Darlehn". Das Darlehn selbst ist die Geldsumme, welche in Erfüllung des Darlehnsvertrages gegeben wird. Aus diesen beiden Aktionen zwei gesonderte Rechtsgeschäfte, einen Konsensualvertrag als Vorvertrag und einen Realvertrag als Hauptvertrag zu machen, erscheint nicht gut möglich, weil eben das Darlehn ein Bestandteil des Darlehnsvertrages ist[2]).

[1]) Motive Bd. 2, S. 307.
[2]) Vgl. Kohler a. a. O., Hagelberg I, 25.

In manchen Fällen ist diese Trennung schon deshalb nicht möglich, weil der Darlehnsvertrag mit der Hingabe des Darlehns zeitlich zusammenfällt. Der Darlehnsvertrag und das Darlehn sind hier nicht einzeln für sich erkennbar, weil in demselben Augenblick, wo der Darlehnsnehmer das Ersuchen um Hergabe eines Darlehns stellt, der Darlehnsgeber das Darlehn hingibt [1]) und durch die Hingabe der vorher geschlossene Vertrag gewissermaßen absorbiert wird. Allerdings wird bei derartiger Sachlage gesagt werden können, daß in facto ein Realvertrag vorliegt. Aber auch wenn der Darlehnsvertrag und das Darlehn selbst zeitlich auseinander liegen, wird kaum von zwei selbständigen Rechtsgeschäften gesprochen werden können, vielmehr liegen die Rechtsbeziehungen dann derartig, daß der angeblich als Vorvertrag bezeichnete Darlehnsvertrag tatsächlich der Hauptvertrag ist, während die spätere Hingabe der res nichts weiter als die Erfüllung des vorher perfekt gewordenen Vertrages bedeutet. Das im § 610 BGB. erwähnte sogenannte Darlehnsversprechen, pactum de mutuo dando, ist demnach durchaus kein Vorvertrag, sondern stellt sich als Hauptvertrag dar.

Die Hingabe der Darlehnsvaluta selbst hat auch in der Praxis durchaus nicht den Charakter eines Vertrages, vielmehr sind sich die Parteien bei Empfangnahme bezw. bei Hingabe des Geldes gar nicht bewußt, daß sie einen Vertrag schließen [2]). Die Darlehnssumme wird häufig gar nicht einmal direkt von dem Darlehnsgeber gezahlt, sondern durch irgend eine von diesen beauftragte Mittelsperson und vollzieht sich völlig form-

[1]) Vgl. Kohler: Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 2, S. 221.
[2]) Hagelberg: Komm. zu § 1 Nr. 23.

los. Ganz anders sieht meistens der angebliche Vorvertrag aus. Auch er kann natürlich formlos geschlossen werden, aber gerade weil seitens der Parteien auf diesen Vertrag der Hauptwert gelegt wird, wird in der Regel die schriftliche oder notarielle Form gewählt. Besonders prägnant tritt dies beim Baugeldvertrage zutage. Es wird stets schriftlich oder notariell geschlossen und enthält sowohl die bindende Verpflichtung des Darlehnsgebers zur Hingabe des Darlehns und alle Kautelen und Bedingungen, welche dieser an die Hergabe des Darlehns knüpft, als auch verpflichtet sich der Darlehnsnehmer zur Rückgabe des Darlehns zu einer bestimmten Zeit. Der Darlehnsnehmer übernimmt ferner in diesem Vertrage die Zinsverpflichtung, er erklärt sich bereit, dem Darlehnsgeber eine Hypothek an dem zu bebauenden Grundstück zu bestellen, er muß das Grundstück ordnungsmäßig bebauen usw.

Alle diese Lasten, welche sich der Darlehnsnehmer in dem Baugeldvertrage aufbürdet, sind Gegenleistungen, die er dem Darlehnsgeber für die Gewährung des Darlehns bietet. Insbesondere gibt er ihm mit der Bestellung der Hypothek einen Wert in die Hand, der die Frage nicht völlig unberechtigt erscheinen läßt, ob hier überhaupt noch ein reines Darlehn vorliegt, oder ob nicht vielmehr die Hingabe des Geldes einen Gegenwert für das Recht darstellt, das der Schuldner dem Gläubiger durch Bestellung der Hypothek an seinem Grundstück einräumt. Das sogenannte einseitig verpflichtende Darlehnsversprechen wächst somit in vielen Fällen, insbesondere im Falle des Baugeldvertrages, zu einem sehr wichtigen Vertrage, und zwar zu einem gegenseitigen Vertrage, denn

wenn auch gesagt werden muß, daß die Rückzahlung des Darlehns keine „Gegenleistung, sondern eine Rückgewähr" darstellt, so müssen die Bestellung der Hypothek und die andern Verpflichtungen des Baugeldempfängers als Gegenleistung angesehen werden[1]). An diesen Vertrag sind beide Teile gebunden. Der Darlehnsnehmer muß seine übernommene Verpflichtung erfüllen, der Darlehnsgeber dem Schuldner das zugesagte Geld zur Verfügung halten. Die Erfüllung dieser beiderseitigen Verbindlichkeiten und die Hingabe der res insbesondere, stellen keinen selbständigen Vertrag mehr dar, sondern bedeuten eben die Erfüllung des Baugeldvertrages.

Kohler hat zum ersten Mal[2]) darauf hingewiesen, daß die Auffassung des Darlehnsvertrages als Konsensualvertrag vorzuziehen ist und in der Tat erscheinen die von Kohler gemachten Aufstellungen durchaus zutreffend und dem praktischen Leben entsprechend. Die Lehre Kohlers hat deshalb allmählich mehr und mehr Anhang gefunden. So sind insbesondere Lübbert[3]) und Hagelberg[4]) mit Erfolg für diese Lehre eingetreten. Auch Affolter[5]) meint: „Die Effektuierung des gegenseitigen Konsensualvertrages geschieht durch die Elemente des Realvertrages." Er sieht also in der Hingabe der res lediglich die Erfüllung des Konsensualvertrages. Dieses ist durchaus richtig, denn bei Abschluß des Baugeldvertrages wird vom Darlehnsnehmer die Zins- und Rückzahlungspflicht aus-

[1]) a. M. Hagelberg: Komm. zu § 1 Nr. 23. Dagegen Staudinger: Komm. zu § 607, 9 c, S. 975. Friedländer: Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 69, S. 196 und Cosack: Lehrbuch S. 589.
[2]) Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 2, S. 211 ff. u. Bd. 33, S. 1 ff.
[3]) Jherings Jahrb., Bd. 52, S. 313.
[4]) Komm. zu § 1 Nr. 23.
[5]) Archiv f. Bürgerl. R., Bd. 8, S. 21.

gesprochen, also schon vor Hingabe des Geldes. Daß diese Rückzahlungspflicht erst durch die Hingabe der Summe bedingt wird, und zur Restitutionsklage die Behauptung der Hingabe des Darlehns erforderlich ist, ändert nichts an der Tatsache, daß der Vertrag, der sich auf Hin- und Rückgabe der Darlehnsvaluta richtet, schon vorher durch den Konsens der Parteien perfekt geworden ist. In dem Darlehnsvertrage hat der Darlehnsgeber sich zur Hingabe des Geldes als Vorleistung verpflichtet. Die Erfüllung dieser Leistung ist aber nichts weiter, als die Erfüllung der im Konsensualvertrag übernommenen Verpflichtungen. Wäre der Darlehnsvertrag Realvertrag, so müßte folgerichtig die Rückzahlungspflicht erst bei Zahlung des Darlehns ausgesprochen werden; dies geschieht aber nicht[1]).

Bei der Annahme, daß der Darlehnsvertrag ein Konsensualvertrag ist, ergeben sich auch insofern keine Schwierigkeiten, als der ursprüngliche Schuldner auch nach Abtretung der Forderung Schuldner des Darlehnsgebers bleibt, denn da der Anspruch des Schuldners, der die Zession vorgenommen hat, sich lediglich als ein Anspruch auf eine Geldsumme, nicht als ein Recht auf den Abschluß des Vertrages darstellt, werden die Rechtsbeziehungen zwischen dem Darlehnsgeber und dem Zedenten nicht berührt. Bei Annahme eines Konsensualvertrages kann bei der Abtretung der Darlehnsforderung grundsätzlich also nicht gesagt werden, daß die Abtretung eine Veränderung des ursprünglichen Inhaltes der Forderung bedeutet.

---

[1]) Hagelberg: Komm. zu § 1 Nr. 23.

Der § 399 BGB. steht also der Abtretbarkeit der Darlehnsforderung an sich nicht im Wege.

Gerade in der Trennung der Person des Schuldners und des Zessionars liegt, wie wir gesehen haben, bei der Annahme eines Darlehnsrealvertrages eine Schwierigkeit, die völlig durch die Kohlersche Theorie beseitigt wird. Folgt man dieser Theorie, so muß man zu dem oben erwähnten Schluß kommen, daß durch die Abtretung der Forderung dem Darlehnsgläubiger kein neuer Schuldner entsteht, vielmehr die Zahlung der Summe durch den Darlehnsgeber an den Zessionar ebenfalls die Rückzahlungspflicht des Zedenten erzeugt[1]). Die vollständige Durchführung der Realvertragstheorie mußte zu der Unzulässigkeit der Abtretung eines Darlehns unter allen Umständen führen.

Es bleibt nur die Frage offen, ob die Abtretbarkeit des Baugelddarlehns in allen Fällen gegeben erscheint, oder ob die Eigentümlichkeit der Zweckbestimmung des Darlehns in gewissen Fällen die Abtretbarkeit ausschließt. Wir haben vorher gesehen, daß eine vertragsmäßige Ausschließung gemäß § 399 BGB. ohne weiteres nach dem Willen der Parteien erfolgen kann, Es bleibt nur noch zu untersuchen, ob nicht unter Umständen durch die Abtretung der Forderung und der damit verbundenen Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger auch eine Veränderung des Forderungsinhaltes zur Folge haben kann.

---

[1]) Zu diesem Resultat kommen auch Lübbert, Iherings Jahrb., Bd. 52, S. 377, Kohler: Archiv f. Bürgerl. R. u. Bd. 33, S. 17, Hagelberg: Komm. zu § 1 Nr. 23 u. 38.

In dem Wechsel der Person an und für sich würde eine solche Änderung nicht gegeben sein[1]), da der Zessionar durch die Abtretung die Rückzahlungsverpflichtung nicht mit übernimmt, sondern lediglich den Zahlungsanspruch auf die Valuta erhält, während in der rechtlichen Stellung des Zedenten zum Darlehnsgläubiger eine Änderung nicht eintritt. Es würde also mit der Auszahlung an den Zessionar dem Baugeldgeber eine neue Person als Schuldner nicht entstehen, aber die Hergabe des Baugelddarlehns verfolgt einen bestimmten Zweck.

Nach § 1 des Gesetzes vom 1./6. 1909 ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, dieses zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind, und hat nur eine ganz beschränkte Verfügungsgewalt zur Verwendung von Baugeld für seine eigene Person.

Rechtlich bleibt der Baugeldempfänger allerdings Eigentümer der an ihn gezahlten Darlehnssumme, wirtschaftlich ist er aber bezüglich der einzelnen Baugeldraten, die er erhält, soweit sie wenigstens durch Bauforderungen absorbiert werden, gewissermaßen Mittelsperson, da die eigentlichen Vorteile aus der Darlehnsvaluta nicht er, sondern die Baugläubiger ziehen.

Diese wirtschaftliche Beteiligung der Baugläubiger an der Baugeldvaluta ist für die Bestimmung des Inhaltes des Darlehnsvertrages von äußerster Wichtigkeit; denn da das Gesetz vom 1./6. 1909 gerade ein Schutzgesetz für die Bau-

[1]) a. M. Staudinger: Komm. zu § 610, 3.

gläubiger sein soll, wird man im Sinne dieses Gesetzes eine Änderung des Darlehnsinhaltes in dem Falle als gegeben betrachten müssen, wenn durch die Zahlung der Valuta an andere Personen das wirtschaftliche Interesse der Baugläubiger an der Baugeldvaluta beeinträchtigt wird; und dieser Fall liegt überall da vor, wo die Zahlung der Valuta an baufremde Gläubiger, d. h. an solche Gläubiger erfolgt, welche keine Forderung aus dem Bau haben, für welchen das Baugeld gewährt ist; denn regelmäßig werden die Baugläubiger vor Abschluß der Verträge mit dem Baugeldempfänger sich den Baugeldvertrag vorlegen lassen und nach Maßgabe der gewährten Baugeldrate die Zahlungsbedingungen festlegen. Die Einhaltung dieser Zahlungsbedingungen ist aber, wenn der Bauunternehmer lediglich auf das Baugeld angewiesen ist — und dies ist meistens der Fall — nur dann möglich, wenn das gesamte Baugeld für die Baugläubiger verwendet wird. Nimmt daher der Baugeldempfänger eine derartige Zession an baufremde Gläubiger vor, so verletzt er die Bestimmungen des § 1 des Gesetzes vom 1./6. 1909 und setzt sich der Bestrafung aus § 5 dieses Gesetzes aus. Es liegt demnach ein doppelter Grund für die Unzulässigkeit der Zession von Baugeld an Fremdgläubiger vor. Einmal verstößt eine derartige Zession gegen den § 399 BGB., weil die Abtretung und die Leistung an den Fremdgläubiger nicht ohne Veränderung des ursprünglichen Inhaltes erfolgen kann, weil das Darlehn, das als Baugeld gewährt ist, mit dem Augenblick der Zahlung an baufremde Gläubiger den Charakter des Baugeldes verliert. Zum andern verstößt sie gegen die

Schutzbestimmungen des Gesetzes und vereitelt damit den ganzen Zweck der im Interesse der Baugläubiger erlassenen gesetzlichen Bestimmungen.

Der Baugeldgeber darf eine Zession an baufremde Gläubiger nicht berücksichtigen, sobald er davon Kenntnis hat. daß der Zessionar keine Forderungen aus dem Bau besitzt, Würde er trotzdem die Zession berücksichtigen, so würde er sich event. schadensersatzpflichtig machen.

Es liegt durchaus kein Grund vor, vor dieser Folgerung zurückzuschrecken. Die Annahme, daß zwischen dem Baugeldgeber und dem Baugläubiger kein Vertragsverhältnis besteht, ist zwar richtig [1]), aber die Schadensersatzpflicht wird deshalb angenommen werden können, weil hier auf seiner Seite event. ein Schutzrecht des Gläubigers verletzt wird und ein deliktisches Verhalten vorliegt, so daß § 823 oder § 826 BGB. zur Anwendung gelangen können [2]).

Das Resultat der Untersuchung über die Abtretbarkeit von Baugeld läßt sich also kurz dahin zusammenfassen:

Der Anspruch auf Baugeld ist an und für sich abtretbar; soweit es sich aber um Zessionen an baufremde Gläubiger handelt, ist die Abtretung unzulässig, weil hierdurch die Forderung, die sich als eine Baugeldforderung darstellt, den Charakter des Baugeldes verlieren würde, somit also eine Veränderung ihres Inhaltes erfahren würde (§ 399 BGB.).

Eine vertragsmäßige Ausschließung der Abtretung kann rechtsgültig gemäß § 399 BGB zwischen den Parteien vereinbart werden.

[1]) Vgl. Staudinger: Komm. zu § 607.

[2]) Friedländer: Der Baukapitalsvertrag, a. a. O., S. 207, 208, RG. Bd. 45, S. 1, Breit: JW. S. 351, Staudinger: Komm. zu § 826 u. 607.

3. Die Pfändung.

Mit der Abtretbarkeit des Anspruches auf Baugeld steht die Frage der Pfändbarkeit in engem Zusammenhang. Die Frage wird dann von Bedeutung, wenn der Bauunternehmer eine den Gläubigern gegenüber eingegangene Verpflichtung nicht erfüllt und diese infolgedessen zu Maßnahmen gegen den Bauunternehmer veranlaßt werden. Die Pfändung ist das Mittel des direkten Eingriffes in das Baugeld gegen den Willen des Baugeldempfängers; sie verfehlt allerdings häufig deswegen ihre Wirkung, weil der Baugeldgeber sich in den meisten Fällen bei vorkommenden Pfändungen das Rücktrittsrecht vom Vertrage dem Schuldner gegenüber vorbehält.

Trotz dieses Vorbehaltes wird sich aber der Baugeldgeber auch dann einer Berücksichtigung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht entziehen können, wenn eine Baugeldrate fällig ist, die Auszahlung der Rate an den Schuldner aber nicht erfolgt ist[1]).

Die Zulässigkeit der Pfändung eines Baugeldanspruches ist ebenso bestritten wie die Zulässigkeit der Zession. § 851 der ZPO. lautet:

> „Eine Forderung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insofern unterworfen, als sie übertragbar ist[2]).
>
> Eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist."

---

[1]) Vgl. hierzu Breit: JW. 1909, S. 351.
[3]) Vgl. § 400 BGB.

Nach Absatz 2 dieses Paragraphen hat es den Anschein, als ob die Pfändung auch in dem Falle als zulässig erachtet werden müßte, wenn die Forderung an sich zwar nicht übertragbar, der Gegenstand der Forderung aber der Pfändung unterworfen ist. Da die der Pfändung nicht unterworfenen Gegenstände und Forderungen im §§ 811 und 850 ZPO. erschöpfend angeführt sind, so werden hiernach den Grundsätzen, die bei der Frage der Zession aufgestellt sind, folgend, alle Pfändungen der Baugeldansprüche, auch wenn sie von privaten Gläubigern aufgebracht werden, durchaus berechtigt.

In der Tat kommt Budde [1]) und ihm folgend Kiese [2]) zu diesem Resultat, obgleich sie die Notwendigkeit, daß das Baugeld den Baugläubigern bleiben muß, anerkennen und suchen einen andern Ausweg, die Baugläubiger zu schützen. Nach der von diesen Autoren vertretenen Meinung ist der Baugeldanspruch pfändbar, auch von Fremdgläubigern; der Baugeldgeber hat ohne weiteres das Recht, an den Pfandgläubiger zu zahlen, wenn der Anspruch auf das Baugeld diesem zur Einziehung überwiesen ist; der Pfandgläubiger ist jedoch den genannten Autoren zufolge nach § 1 des Gesetzes vom 1./6. 1909 Empfänger von Baugeld und als solcher verpflichtet, den empfangenen Betrag an die Baugläubiger zu zahlen.

Für seine eigene Forderung stände ihm demnach das an ihn gezahlte Geld nur insoweit zu, als es nicht durch Bauforderungen absorbiert wird [3]).

---

[1]) Budde: Bankarchiv 1908, S. 246.
[2]) Kiese: in JW. 09, S. 382, vgl. hierzu Heilbron im Zentralbl. 1906, S. 612, Dechamps: D. JZ. 05, S. 903.
[3]) Hiergegen Breit: JW. 09, S. 349 u. 09 S. 403.,

Hiergegen ist zunächst einzuwenden, daß es im Geschäftsleben fast nie vorkommt, daß das Baugeld die Bauforderungen übersteigt, daß also ein Betrag für den pfändenden Gläubiger übrig bleibt, wenn er die Verwendungspflicht eines Baugeldempfängers hat. Dies findet eine Erklärung in der Üsance, daß Baugeld gewöhnlich nur in Höhe von $^6/_{10}$ des Bauwertes gewährt wird; mit dem Rest der Forderung müssen die Gläubiger, falls der Schuldner sie nicht aus eigenen Mitteln bezahlen kann, gewöhnlich bis zur Regulierung der zweiten Hypothek warten. Schon aus praktischen Gründen läßt sich daher die oben erwähnte Auffassung nicht halten. Sie erscheint aber auch theoretisch unmöglich, weil der Pfandgläubiger nicht als „Baugeldempfänger“ angesehen werden kann.[1]).

Die Verwendungspflicht ist bedingt durch das Vertragsverhältnis zwischen Baugeldgeber und Baugeldnehmer. Sie beruht auf dem gegenseitigen Parteiwillen, Baugeld zu gewähren und zu empfangen. Diesen Parteiwillen auf einen Dritten zu übertragen, der außerhalb des Vertragsverhältnisses steht, ist nicht möglich, ohne daß dieser Dritte ausdrücklich die Absicht kundgibt, in den Vertrag einzutreten, wobei es noch notwendig ist, daß der andere Vertragsteil dem Eintritt dieses Dritten in den bestehenden Vertrag zustimmt. Nun gibt weder der Pfändungsgläubiger eine Willenserklärung dahin ab, daß er in den Baugeldvertrag eintreten will, noch stimmt der Baugeldgeber diesem Vorhaben zu. Aus der bloßen Tatsache aber, daß der Pfändungsgläubiger einen angeblichen

[1]) Mit Kiese und Budde auch Mügel, S. 27; dagegen Hagelberg: Erl. zu § 1, 46 b und Breit: a. a. O.

Anspruch auf „Baugeld“ pfändet, den Willen des Pfandgläubigers herauszulesen, als Baugeldempfänger gelten zu wollen, wäre eine Fiktion. Der Pfandgläubiger bezweckt mit seiner Pfändung nicht die Befriedigung der Baugläubiger, sondern seine eigene Sicherstellung. Abgesehen hiervon, würde bei der Auffassung Buddes der Zweck nicht erreicht werden, den er verfolgt. Zunächst kann dem Baugeldgeber nicht zugemutet werden, an die vielleicht recht große Anzahl der Privatgläubiger seines Vertragsgegners, zu denen er in gar keinem vertraglichen Verhältnis steht, Zahlung zu leisten. Auch wird der Pfandgläubiger gar nicht wissen, an wen er nun zahlen soll, da er ja die Baugläubiger nicht kennt. Noch weniger wird er Kenntnis von den zwischen dem Baugeldempfänger und den Baugläubigern getroffenen Vereinbarungen über Art und Höhe der zu leistenden Zahlungen haben. Hierzu kommt noch, daß auch die Baugläubiger in völliger Unsicherheit darüber wären, wer ihnen das Baugeld zahlen muß. Dies würde aber zu Komplikationen führen, da ja die Baugläubiger lediglich mit dem Baugeldempfänger, nicht mit dessen Privatgläubigern ihre Verträge abgeschlossen haben.

Noch weniger befriedigend wird das Resultat, wenn man die Auffassung teilt, daß der Darlehnsvertrag ein Realvertrag, der Baugeldvertrag ein Vorvertrag ist. Bei dieser Annahme müßte man die Zulässigkeit der Pfändung von Baugeldansprüchen in allen Fällen ausschließen, denn ein Anspruch auf den Abschluß eines Vertrages kann nicht gepfändet werden [1]).

---

[1]) Du Chesne: Bl. f. R. 07, S. 49.

Die Konsequenzen, die hieraus sich ergeben würden, mögen kurz an einem Beispiel klar gemacht werden: „Der Malermeister X hat mit dem Baugeldempfänger Y einen festen Vertrag geschlossen, laut dem er aus den einzelnen Baugeldraten, welche Y erhält, bestimmte Quoten für seine in dem Bau geleisteten Arbeiten zu erhalten hat. Infolge einer falschen Forderungsaufstellung des Y wird eine Baugeldrate, bei der auch X eine Quote erhalten soll, bereits von den andern Forderungen in voller Höhe belegt, so daß die Zahlung an X nicht mehr erfolgen kann. Die gegen Y erhobene Klage führt nicht zur Befriedigung des X, da die Pfändung in das Privatvermögen des Y fruchtlos ausfällt." Die Strafbestimmungen des § 5 des Gesetzes vom 1./6. 1909 können auf Y keine Anwendung finden, weil eine Verletzung der Verwendungspflicht nach § 1 dieses Gesetzes nicht vorliegt, da ja Y die Baugeldrate in voller Höhe an die Baugläubiger gezahlt hat, auch wenn X daraus nicht befriedigt worden ist. Steht nun Y auch kein Recht auf die künftigen Raten zu und ist eine Pfändung in diesen Raten unzulässig, so hat er trotz der Sicherungsbestimmungen des Gesetzes vom 1./6. 1909 das Nachsehen. Dies ist ein Resultat, das mit den Schutzbestimmungen für die Baugläubiger schwer in Einklang zu bringen ist.

Bei der Beurteilung von Pfändbarkeit von Baugeld müssen m. E. dieselben Grundsätze beachtet werden, wie bei der Frage der Abtretbarkeit des Baugeldanspruches. Nach den bei dieser Frage entwickelten Grundsätzen kann in Verbindung mit § 851 ZPO. unbedenklich die Pfändung in allen den

Fällen als zulässig erachtet werden, wo sie von Gläubigern ausgebracht ist, welche den Schutz des Bausicherungsgesetzes genießen. Selbst wenn das Baugeld nicht zessibel wäre, würde die Pfändung rechtsgültig sein, weil nach § 851 ZPO. der Gegenstand des Anspruches, der gepfändet wird, selbst der Pfändung unterliegt; dies könnte nicht gesagt werden, wenn der Anspruch sich auf den Abschluß eines Vertrages richtet [1]).

Ein scheinbarer Widerspruch gegen diese Auffassung liegt in dem Fall vor, wenn zwischen dem Darlehnsgeber und dem Darlehnsnehmer im Baugeldvertrag die Vornahme von Zessionen ausgeschlossen ist und im Falle vorkommender Pfändungen vertragsvernichtende Wirkungen vereinbart worden sind. Diese Klauseln im Vertrage berühren jedoch nicht die Zulässigkeit der Pfändung an und für sich, sondern bedeuten lediglich das Recht des Baugeldgebers, im Falle vorkommender Pfändungen vom Vertrage zurückzutreten und das Vertragsverhältnis zu lösen. Es fragt sich deshalb hierbei nur, ob die Vornahme einer Pfändung einen Zweck hat [2]), wenn eine solche Klausel vorliegt. Diese Frage wird bejaht werden müssen, wenn die Fälligkeit einer Baurate eingetreten ist, bevor die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses oder eines vorläufigen Zahlungsverbotes an den Baugeldgeber erfolgt ist, die Rate aber noch nicht an den Darlehnsempfänger gezahlt ist. Der Baugeldgeber muß in

[1]) So bei der Annahme, daß das Darlehn ein Realvertrag ist.

[2]) OLG. Dresden in Seufferts Archiv, Bd. 57, S. 343 lehnt die Pfändbarkeit der Baugeldansprüche deshalb ab, weil die Pfändung keinen Zweck hat und zwar unter Zugrundelegung von § 851 ZPO. in Verbindung mit § 226 BGB. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Pfändung sehr wohl einen Erfolg haben kann und Schikane in diesem Falle sehr schwer zu konstruieren ist.

diesem Falle die Pfändung berücksichtigen, da der Eintritt der Fälligkeit einer vertraglichen Zahlungspflicht erfolgt ist und das Rücktrittsrecht von ihm nicht mit rückwirkender Kraft geltend gemacht werden kann. Allerdings wird es noch darauf ankommen, ob nicht die sonstigen Bestimmungen des Baugeldvertrages dem Baugeldgeber dessenungeachtet ein Recht geben, die fällige Rate nicht zur Austragung gelangen zu lassen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse, wenn die Pfändung von einem Fremdgläubiger ausgebracht worden ist. Der Absatz 2 des § 851 ZPO. scheint auch diesen Gläubigern ein Recht zu geben, einen Eingriff in das Baugeld durch Pfändung herbeizuführen; denn selbst wenn man die Übertragbarkeit der Baugeldforderung an Fremdgläubiger verneint, ist es doch zweifellos, daß der geleistete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Dennoch darf man diese Folgerung nicht ziehen. Der § 851 Abs. 2 bezweckt, „die Gefahr zu vermeiden, daß der Schuldner durch vertragsmäßige Ausschließung der Übertragbarkeit seine Forderungen dem Zugriff der Gläubiger entzieht [1])“.

Eine solche Gefahr liegt bei einer Pfändung seitens eines Fremdgläubigers nicht vor; auch dann nicht, wenn die Übertragung der Baugeldforderung ausgeschlossen ist. Allerdings ist die vertragliche Ausschließung der Zessibilität in der Absicht geschehen, die Fremdgläubiger von dem Zugriff in das Baugeld auszuschließen, aber die Bestimmungen des Gesetzes vom

[1]) Sydow-Busch: ZPO. zu § 851 b, Stein: Komm. ZPO. zu § 851 spricht von zweckbestimmtem Gelde, ebenso Breit a. a. O. Dies ist nicht richtig. Belastet ist der Darlehnsnehmer mit der Verwendungspflicht. Richtig Hagelberg: Komm. zu § 1, 44 c, Abraham: a. a. O., S. 275.

1./6. 1909 verfolgen dieselbe Absicht, nämlich den Baugläubigern das Baugeld zu sichern. Die Situation wäre durchaus nicht anders, wenn die Abtretbarkeit nicht vertragsmäßig ausgeschlossen wäre. Die Ausschließung der Übertragbarkeit ist deshalb in diesem Fall rechtlich unerheblich. Die Verwendungspflicht des Baugeldempfängers, der Schutz der Baugläubiger hinsichtlich des Baugeldes stehen der Pfändung des Fremdgläubigers gegenüber. Die Pfändung baufremder Gläubiger würde demzufolge die Verletzung eines Schutzgesetzes bedeuten und muß deshalb für unwirksam erklärt werden, und zwar in jedem Falle. Hier darf nicht lediglich von einem Zurückbehaltungsrecht des Baugeldgebers gesprochen werden[1]), weil die Pfändung nur eine Verletzung der Rechte des Baugeldgebers bedeutet.

Der Grund für diese letzte Schlußfolgerung ist wohl in der Auffassung zu suchen, daß der Baugeldgeber durch die Verwendungspflicht des Baugeldempfängers nicht berührt wird und in keinem Vertragsverhältnis zu dem Baugläubiger steht.

Dies ist m. E. nicht richtig. Der Baugeldgeber steht nicht vollständig außerhalb aller Rechtsbeziehungen zwischen dem Baugläubiger und dem Baugeldempfänger. Es muß hier berücksichtigt werden, daß der Baugeldgeber mit der Übernahme der Zahlung von Baugeld auch gewisse Verpflichtungen übernimmt, die ihm die Eigenart des Darlehns, das nur einem bestimmten Zweck dienen soll, auferlegt. Auch der Baugeldgeber kennt die Schutzbestimmungen des Gesetzes vom 1./6.

[1]) So Hagelberg zu § 1, 45 b, Abraham S. 275 ff., Mügel S. 27.

1909 und handelt gegen dieses Gesetz, wenn er dadurch, daß er die Pfändung von baufremden Gläubigern berücksichtigt, die nach dem Gesetz geschützten Gläubiger benachteiligt.

Die Konsequenzen, die sich daraus ergeben würden, daß auch bei baufremden Gläubigern dem Baugeldgeber im Falle der Pfändung durch diese lediglich ein Zurückbehaltungsrecht zustände, würden direkt dem Sinne des Gesetzes vom 1./6. 1909 widersprechen; denn wenn bei Pfändungen von Fremdgläubigern es in das Belieben des Geldgebers gestellt wäre, an den Pfändungsgläubiger zu zahlen, wäre der ganze Schutz der Baugläubiger vereitelt. Der Zweck dieses Gesetzes ist es doch gerade, daß das Baugeld gewissermaßen als ein Sondervermögen gelten soll, das in erster Linie zur Befriedigung der Baugläubiger dienen soll. Was nutzt die Bestimmung über die Verwendungspflicht des Baugeldempfängers, wenn dieser das Geld, das ihm für den Bau zugesagt ist, nicht erhält? Abraham[1]) fürchtet in diesem Falle für die persönlichen Gläubiger des Baugeldempfängers. Aber wie steht es mit den Baugläubigern? Ist es nicht ganz natürlich, daß die Gläubiger, die Forderungen aus einem Bau haben, auch aus dem Darlehn befriedigt werden, das für diesen Bau gewährt wird? Die alten Gläubiger des Baugeldempfängers haben diesem zu einer Zeit Kredit eingeräumt, als ihr Schuldner vielleicht noch gar nicht daran dachte, einen Bau auszuführen. Erschien ihnen damals der Schuldner kreditwürdig und war er es nicht, so ist das ihre Sache. Sie hatten Gelegenheit, die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu prüfen und je nach

[1]) Abraham a. a. O., S. 275.

dem Ergebnis dieser Prüfung den Kredit einzuräumen oder zu verweigern. Ein Recht des Eingriffs in ein Vermögensobjekt, dessen Verwendung für bestimmte Personen gesetzlich vorgeschrieben ist, hatten sie nicht oder wenigstens nur insoweit, als hierdurch diese vom Gesetz bevorzugten Gläubiger keinen Schaden erleiden. Sie hatten es auch dann nicht, wenn sie formell in dem Besitz eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses sind, da die materielle Grundlage zur Realisierung dieses Beschlusses fehlt. Zu berücksichtigen ist hierbei, daß der Vollstreckungsrichter auch bei baufremden Gläubigern den Antrag auf Erlaß eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht zurückweisen darf, da die Prüfung der Frage, ob materiellrechtliche Bedenken gegen die Pfändung vorliegen, nicht ihm, sondern dem Prozeßrichter obliegt [1]). Der Vollstreckungsrichter hat lediglich zu prüfen, ob der von dem Pfändungsgläubiger benannte Pfändungsgegenstand ein solcher ist, der der Pfändung unterliegt. Ob der Pfändungsgläubiger Baugläubiger oder Fremdgläubiger ist, unterscheidet der Prozeßrichter [2]).

Auch bei der Pfändung von baufremden Gläubigern muß noch eine Einschränkung gemacht werden, und zwar ist die Pfändung von baufremden Gläubigern dann zulässig, wenn die Pfändung sich auf Beträge erstreckt, die nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 1./6. 1909 einen Entgelt für die eigene Leistung oder Arbeit des Baugeldempfängers darstellen. Hierbei ergeben sich insofern Schwierigkeiten, als der Wortlaut

---

[1]) Vgl. Hagelberg zu § 151 b und 44 l.

[2]) OLG. Dresden: Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 72, S. 171, Abraham a. a. O., S. 276.

des Gesetzes nicht klar erkennen läßt, in welcher Beziehung die in Abs. 1 erwähnte „anderweitige Verwendung des Baugeldes" zu den Bestimmungen des Abs. 2 steht.

Bei Entscheidung dieser Fragen muß scharf voneinander getrennt werden, was „andere" Baugläubiger geleistet haben und was als „eigene Leistung" des Baugeldempfängers anzusprechen ist. Die Abgrenzung des Begriffes „Baugläubiger" ist im § 1 genau festgelegt. Es sind dieses alle die Personen, die an der Herstellung des Baues auf Grund eines Dienst-, Werk- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind, und zwar ist es erforderlich, daß diese Personen Verträge mit dem Baugeldempfänger abgeschlossen haben; es gelten nicht etwa die Arbeiter und Handwerker des Zimmermeisters, der die Zimmerarbeiten auf dem Bau übernommen hat, als „Baugläubiger", sondern Baugläubiger ist nur der Zimmermeister, während die Arbeiter und Handwerker, deren er sich hierbei bedient, seine Angestellten sind, von ihm entlohnt werden und daher mit dem Baugeldgeber nichts zu tun haben.

Etwas anderes ist es, wenn der Baugeldnehmer selbst beispielsweise die Maurerarbeit ausführt und sich hierzu Hilfspersonen annimmt. Da er hier mit den Handwerkern, die er dazu benötigt, die Verträge selbst abschließt, treten diese ohne weiteres in die Stelle der Baugläubiger und erlangen damit das Recht auf Befriedigung aus dem Baugelde. Dabei ist aber, wie Hagelberg [1]) ausführt, zu berücksichtigen, daß die Leistung des Baugeldnehmers in den meisten Fällen von der Leistung seiner Hilfspersonen nicht zu trennen ist, sondern

[1]) Hagelberg: Komm. § 1, 92 a.

eine einheitliche Arbeit ausmacht. Infolgedessen kann der Wert der Leistung auch nur als einheitliches Ganzes bemessen werden und darf nicht in einzelne Teile, Löhne, Auslagen, Verdienst usw. zerlegt werden. Betragen daher die Maurerarbeiten, die der Baugeldempfänger ausführt, 10 000 ℳ, so darf er hierfür von dem Baugelde nach § 1 Abs. 2 nur 5000 ℳ für sich kürzen, gleichgültig, was er an Löhnen gezahlt hat. Auch wenn diese 6000 ℳ betragen und er sie vorher gezahlt hat, darf er nur 5000 ℳ für sich behalten und darf sich nicht etwa darauf berufen, daß die Löhne 6000 ℳ betragen. Er darf dann nicht zu diesen verauslagten Löhnen von 6000 ℳ noch die Hälfte seines Verdienstes von 4000 ℳ hinzurechnen, so daß er zu einer Einbehaltung von 8000 ℳ kommen würde. Würde dies möglich sein, so würde er sich besser stehen, als die anderen Handwerker, weil diese die Löhne, Materialien usw. aus ihrer eigenen Tasche bezahlen müssen und bis zur Befriedigung ihrer Forderung das Risiko haben und im Falle des Zusammenbruches des Baugeldempfängers überhaupt keine Zahlung erhalten, während der Baugeldempfänger unter allen Umständen die Hälfte seines Verdienstes erhält. Dies liegt nicht im Sinne des Gesetzes, als dessen oberster Grundsatz der gelten muß, daß die Baugläubiger dem Baugeldempfänger vorgehen. Da die Hilfspersonen, deren sich der Baugeldempfänger bei Ausführung der von ihm in eigener Regie übernommenen Bauarbeiten bedient, Baugläubiger sind, hat er natürlich die Pflicht, soweit er diese Hilfspersonen nicht vor Empfang des Baugeldes befriedigt hat, sie aus dem Baugelde zu bezahlen. Hat er sie aber aus eigenen Mitteln bezahlt,

so darf er nur insoweit das Baugeld zu seiner Befriedigung verwenden, als dieses die Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm ausgeführten Leistungen, und zwar einschließlich der Leistungen seiner Hilfspersonen, nicht übersteigt. Der Grund hierfür liegt darin, daß seine Leistung wie die jedes anderen Baugläubigers, der Hilfspersonen beschäftigt, nicht von der Arbeit dieser Personen getrennt werden kann.

Demnach bedeutet die Vorschrift des Abs. 2 § 1 des Gesetzes vom 1./6. 1909 für den Baugeldempfänger in Wirklichkeit ein Danaergeschenk. Er wird daher besser tun, Arbeiten, bei denen er Hilfskräfte braucht, nicht in eigener Regie auszuführen.

Da die Ansprüche, welche der Baugeldempfänger für seine eigene Leistung aus dem Baugelde hat, in keiner Beziehung stehen zu den Forderungen der anderen Gläubiger, insbesondere nichts mit den Schutzbestimmungen der Baugläubiger zu tun haben, sondern gerade ein Recht des Baugeldempfängers darstellen, welches von den Schutzbestimmungen der Baugläubiger losgelöst ist, so liegt auch kein Grund vor, einem baufremden Gläubiger den Eingriff in dieses Sonderrecht des Baugeldempfängers zu versagen.

III.

Die Beteiligung der Baugläubiger an der Baugeldhypothek.

1. Zession und Pfändung der Baugeldhypothek.

Der Begriff des Baugeldes im Sinne des Gesetzes vom 1./6. 1909 setzt voraus, daß für das Baugeld als Sicherung eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück bestellt wird, oder daß das Eigentum erst nach Fertigstellung auf den Baugeldempfänger übergeht[1]).

Die letztere Form des Kredites ist für den Baugeldgeber das wirksamste Mittel, um das Baugeld und vor allem das Grundstück jedem Eingriff seitens der Gläubiger zu entziehen, aber sie wird in der Praxis äußerst selten angewandt und ist kaum zu einer Bedeutung gelangt, weil der Bauunternehmer in diesem Fall in völlige Abhängigkeit zu dem Baugeldgeber tritt, und damit lediglich die Rolle eines sogenannten Strohmannes führt. Einigermaßen kapitalkräftige Bauunternehmer werden sich deshalb nie einer derartigen Bedingung unterwerfen.

In den weitaus meisten Fällen sichert sich der Baugeldgeber durch die Eintragung der sogenannten Baugeldhypothek. Eine bestimmte Vorschrift über den Charakter und den Rang der Baugeldhypothek ist im Gesetz nicht vorhanden. Im Teil II

[1]) § 1 des Gesetzes vom 1./6. 09, Stier-Somlo S. 36.

des Bausicherungsgesetzes sind derartige Bestimmungen vorgesehen, sie können aber gegenwärtig noch nicht berücksichtigt werden, da bisher der Teil II noch nirgend eingeführt ist[1]).

Wirtschaftlich stellt sich die Baugeldhypothek als ein fast unerläßliches Faktum für den Verkehr zwischen Baugeldgeber und Bauunternehmer dar, da der persönliche Kredit der meisten Bauunternehmer nicht so groß ist, daß auf die Sicherung der Forderung durch eine dingliche Eintragung verzichtet werden kann.

Entsprechend dem Zwecke des der Hypothek zugrunde liegenden Darlehns, der Sicherung von Baugeld zu dienen, ist die Baugeldhypothek fast stets eine provisorische Eintragung und wird gewöhnlich nach Fertigstellung des Baues von einer festen, langfristigen Hypothek abgelöst.

Juristisch gliedert sich die Baugeldhypothek der Darlehns- oder Sicherungshypothek an, je nachdem, in welcher Form sie zur Eintragung gelangt. In beiden Fällen ist es für die Baugläubiger von äußerster Wichtigkeit, daß die Valuta der Hypothek nicht auf einmal geleistet wird, sondern in bestimmten, gemäß dem Fortschreiten des Baues festgelegten Raten. Infolge dieser allmählichen Valutierung sind während der Bauausführung gewisse Teile der Hypothek frei, die eventuell durch Vereinbarung unter den Beteiligten den Baugläubigern zugewendet werden können.

Da vielfach das Restkaufgeld oder ein Teil desselben der Baugeldhypothek den Vorrang einräumt und dadurch die

---

[1]) Über die Baugeldhypothek nach Teil II des Gesetzes vom 1./6. 09 siehe Kretzschmar: Bl. f. R., Bd. 74, S. 657, Hagelberg: Komm. zu §§ 32—34.

Baugeldhypothek einen günstigen Rang erhält, so ist damit für die Baugläubiger unter Umständen ein Weg gegeben, sich eine dingliche Sicherheit für ihre Forderung zu verschaffen, die infolge ihres bevorzugten Ranges häufig die zuverlässige Aussicht auf Befriedigung der Forderung gibt.

Wie bei dem obligatorischen Anspruch auf das Baugeld, kann diese Sicherung auch hier durch Zession erfolgen, und zwar durch Zession eines noch nicht valutierten Teiles der Baugeldhypothek. Der Unterschied von der Zession des Baugeldanspruches ist aber der, daß die Zession der Baugeldhypothek nicht vom Eigentüner resp. vom Baugeldempfänger vorgenommen wird, sondern vom Hypothekengläubiger.

Da der Eigentümer des Grundstückes aber auf die eventuell später entstehende Eigentümergrundschuld ein Recht hat, das auch während der Valutierung der Hypothek durch den Gläubiger nicht ausgeschaltet ist, so sind dem Hypothekengläubiger bei Vornahme der Zession gewisse Schranken gesetzt. Diese Einschränkungen ergeben sich vor allem aus den Rechtsbeziehungen zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Hypothekenschuldner, und zwar aus den obligatorischen Rechtsbeziehungen, die in dem Baugeldvertrage festgelegt sind. In dinglicher Beziehung muß festgehalten werden, daß derjenige verfügungsberechtigt über die Hypothek ist, der durch das Grundbuch und den eventuellen Besitz des Hypothekenbriefes als verfügungsberechtigt legitimiert ist [1].

Die im folgenden zu erwähnenden Beschränkungen bedeuten daher eine rein obligatorische Verpflichtung des Hypo-

---

[1]) Vgl. Turnau-Förster zu § 1113, S. 719.

thekengläubigers als Baugeldgeber gegenüber dem Hypothekenschuldner als Baugeldempfänger und haben mit der Rechtsgültigkeit der Zession an und für sich nichts zu tun.

Dies zeigt sich vor allem in der Stellung, die der Zessionar einer solchen Hypothek, deren Valuta noch nicht geleistet ist, einnimmt.

Es muß hier unterschieden werden, ob eine Darlehnshypothek oder eine Sicherungshypothek eingetragen ist. Bei der Darlehnshypothek ist der gutgläubige Erwerber ohne weiteres geschützt. Er kann den öffentlichen Glauben des Grundbuches für sich in Anspruch nehmen [1]), und da der Zedent als Gläubiger der ganzen Hypothek im Grundbuch eingetragen ist und deshalb die Vermutung besteht, daß ihm die Hypothek zusteht, kann nicht gegen den Zessionar geltend gemacht werden, daß der Zedent sich gegenüber dem Eigentümer bezw. dem Hypothekenschuldner in der Valutierung Beschränkungen auferlegt hat, oder daß der Teil der Hypothek, der an ihn abgetreten ist, noch nicht valutiert sei. Diese Einwendungen könnten gegen den Zessionar vielmehr nur in dem Falle erhoben werden, wenn der Zessionar die Abmachungen bei Vornahme der Zession kennt, oder wenn die Beschränkungen der Valutierung im Grundbuche eingetragen sind.

Ist dieses nicht der Fall, so können die Einwendungen nur mit Wirkung gegen den Zedenten geltend gemacht werden.

Anders dagegen liegen die Verhältnisse bei der Sicherungshypothek. Hier tritt die Hypothek in strenge Abhängigkeit zu der Forderung, für die sie bestellt ist [2]). Infolge dieser

[1]) Über die Einwirkung der Löschungsvermerkung vgl. S. 68.
[2]) § 1184 BGB., Turnau-Förster zu § 1184, S. 991.

völlig akzessorischen Natur der Sicherungshypothek kann auch der gutgläubige Erwerber die Hypothek nur insoweit rechtsgültig erwerben, als die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt ist. Der Zessionar muß sich daher alle Einreden gefallen lassen, die der Hypothekenschuldner gegen den Zedenten geltend machen kann. Insbesondere kann der Schuldner gegen den Zessionar einwenden, daß die Hypothek in Höhe der abgetretenen Forderung nicht valutiere. Dem Zessionar liegt dann die Beweispflicht für das Gegenteil ob.

Während also bei der Baugeldhypothek, die als Darlehnshypothek eingetragen ist, Ansprüche nur gegen den Zedenten und den event. bösgläubigen Zessionar entstehen, erstrecken sich die Ansprüche bei der Baugeldsicherungshypothek auch gegen den gutgläubigen Zessionar, gleichgültig ob dieser Baugläubiger oder Fremdgläubiger ist.

Es bleibt nun die Frage offen, wann der Gläubiger der Baugeldhypothek, soweit die obligatorischen Beziehungen zum Hypothekenschuldner in Betracht kommen, berechtigt ist, Teile der Hypothek, welche noch nicht valutiert sind, an Dritte abzutreten.

Bei Entscheidung dieser Frage muß davon ausgegangen werden, daß die Vorschriften über Art und Höhe der Valutierung im Baugeldvertrag festgelegt werden. Der Darleiher hat sich hier verpflichtet, dem Darlehnsnehmer gemäß dem Fortschreiten des Baues bestimmte Raten zu zahlen, und diese Zahlungen gelten als Valutierung der Hypothek, die er als Sicherheit für das Darlehn erhalten hat. Dieser Verpflichtung

gemäß hat er über den noch nicht gezahlten Teil der Hypothek nur insoweit ein Verfügungsrecht, als dieses den Vereinbarungen des Baugeldvertrages nicht widerspricht.

Ein solcher Widerspruch ist aber zweifellos in allen den Fällen vorhanden, wo der Gläubiger eine noch nicht valutierte Teilpost der Hypothek an einen Dritten abtritt, der keine Forderung aus dem Bau hat, und wenn er die hierfür erhaltene Valuta nicht an den Hypothekenschuldner leistet. Denn, wenn der Hypothekengläubiger auch nach außen hin durch die Übergabe des Hypothekenbriefes das Verfügungsrecht über die Hypothek erlangt hat, so entbindet ihn dieses Recht nicht davon, die vertraglichen Abmachungen hinsichtlich der Art der Valutierung zu respektieren. Dies ergibt sich sowohl aus den obligatorischen Beziehungen zwischen dem Baugeldgeber und dem Baugeldnehmer, als auch aus der Stellung des Eigentümers zu der Hypothek. Soweit die Hypothek noch nicht valutiert ist, steht sie als Eigentümerhypothek dem Eigentümer zu und verwandelt sich erst mit der Valutierung in eine Gläubigerhypothek[1]); es müßte denn sein, daß von vornherein ausdrücklich die Vereinbarung getroffen ist, daß die Hypothek ihrem vollen Buchwert nach dem Gläubiger zustehen soll und nur insoweit an den Eigentümer zurückfallen soll, als eine Valuta von dem Gläubiger nicht geleistet worden ist. Wenn der Hypothekengläubiger über diese noch nicht valutierte Post bereits anderweitig verfügt hat, so hat er hiermit das Recht des Eigentümers auf die Eigentümergrundschuld

---

[1]) Vgl. Staudinger zu § 1163, 2 u. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 73, S. 26 ff. u. Zentralbl. Bd. 8, S. 266.

illusorisch gemacht, und es ist deshalb nur recht und billig, wenn er deswegen von den Eigentümer in Anspruch genommen wird.

Scheinbar ist ein Widerspruch mit dem Baugeldvertrage dann nicht vorhanden, wenn die Zession an einen Gläubiger erfolgt ist, welcher Baugläubiger ist. Hier könnte man sagen, daß die Zession an den Baugläubiger zwecks Valutierung erfolgt ist und ein Eingriff in die Rechte des Eigentümers insofern nicht vorliegt, als dieser durch die Abtretung an den Baugläubiger von einer Forderung befreit wird, zu deren Zahlung er nach dem mit dem Baugläubiger geschlossenen Vertrag verpflichtet ist. Zum mindesten hat er ein Recht auf Rückzession, wenn er trotz der Abtretung der Hypothek die Forderung direkt an den Gläubiger bewirkt. Dessenungeachtet ist eine solche Zession vertragswidrig, wenn sie ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgt ist — abgesehen in den Fällen, wo der Baugeldgeber sich dieses Recht ausdrücklich im Baugeldvertrage ausbedungen hat —, denn der Baugläubiger steht in keinem direkten Vertragsverhältnis zu dem Baugeldgeber, der die Hypothek besitzt. Der Eigentümer hat die Verträge mit dem Baugläubiger geschlossen und hat die Zahlungen, welche er an die Baugläubiger zu leisten hat, in diesen Verträgen festgelegt. Um seinen Verpflichtungen nachzukommen, muß er daher die Zahlungen, die er vom Baugeldgeber zu erhalten hat, nach Vereinbarung beanspruchen können, und braucht eine derartige Zession, die seine Dispositionen stört und einem Gläubiger gegenüber anderen Vorteile schafft, nicht anzuerkennen. Nur mit seinem Willen und auf seine

Veranlassung kann deshalb m. E. die Sicherstellung des Gläubigers durch Zession eines Teiles der nicht valutierten Baugeldhypothek erfolgen. Anders liegt der Fall, wenn der Eigentümer dem Bauunternehmer eine Hypothek bestellt hat und sie ihm mit der Maßgabe zur Verfügung stellt, sich h'erauf das Baugeld zu verschaffen.

In diesem Falle ist eine Einwilligung des Eigentümers zu einer Zession nicht notwendig, weil dieser die Art der Valutierung der Hypothek aus der Hand gegeben hat[1]). Er wird also alle Zessionen, die zwecks Valutierung der Hypothek an Gläubiger erfolgt sind, anerkennen müssen. Der Zessionar darf in diesem Falle, soweit dieses für den Bau notwendig erscheint, die Hypothek weiter zedieren. Insbesondere kann er Teile der Hypothek an Lieferanten zu deren Sicherheit abtreten, ohne dadurch das Recht des Eigentümers auf die Eigentümergrundschuld zu verletzen. Der Bauunternehmer hat dann eben mit dem Wert der ihm bestellten Hypothek, den Bau herzurichten. Welchen Gebrauch er zu diesem Zweck von der Hypothek macht, ist ihm überlassen.

---

[1]) Über Zulässigkeit vgl. Bl. f. R., Bd. 73, S. 26 ff. Zentralblatt, Bd. 8, S. 266: „allerdings setzt auch die Verkehrshypothek voraus, daß die Forderung, für die sie bestellt ist, zur Entstehung gelangt. Indes sind hier, was Art und Zeit der Valutierung anlangt, der Privatwillkür keine Schranken gezogen. Es ist daher zulässig, daß der Eigentümer in einem Bauvertrage mit dem Unternehmer vereinbart, eine diesem ohne Valutierung bestellte Darlehnshypothek soll zunächst als vollwertig behandelt werden und zur Beschaffung von Baugeld einem Geldgeber abgetreten werden. Das von diesem hergegebene Geld soll zur Deckung der Ansprüche des Unternehmers dienen. Der Eigentümer hat dann keine Einwendungen auf Nichtvalutierung der Hypothek, auch dann nicht, wenn der Erwerber Kenntnis von der Nichtvalutierung hat."

Abgesehen von diesem Falle, ist nach dem Vorhergesagten die Beteiligung eines Baugläubigers an der Baugeldhypothek durch Zession nur insoweit statthaft, als die Beteiligten, d. h. der Bauunternehmer bezw. der Eigentümer und der Baugeldgeber, mit der Vornahme der Zession einverstanden sind. Da dieses Einverständnis in sehr vielen Fällen von dem Baugläubiger erreicht werden kann, so ist die Abtretbarkeit einer derartigen Hypothek von der höchsten Wichtigkeit. Man wird event. einwenden können, daß mit der Zession der Hypothek, soweit sie noch nicht valutiert ist, ein Wert abgetreten wird, der keine Forderung als Grundlage enthält. Der Gläubiger könnte die Hypothek nicht abtreten, weil er sie erst mit der Entstehung der Forderung, d. h. also mit der Valutierung erwerbe. Es ist aber zu berücksichtigen, daß, wenn der Gläubiger mit Einwilligung des Eigentümers die Zession vornimmt, eigentlich nicht er, sondern der Eigentümer über die Hypothek verfügt. Es wird lediglich der Einfachheit halber und im Interesse der Kostenersparnis die Zession direkt von dem ersten Gläubiger auf den zweiten bewirkt, um die doppelte Umschreibung der Hypothek zunächst auf den Eigentümer und dann auf den neuen Gläubiger zu vermeiden.

Nimmt der erste Gläubiger gegen oder ohne Willen des Eigentümers die Zession vor, so ist er für den Schaden, der hieraus entsteht, dem Eigentümer haftbar. Immer aber muß in diesem Fall berücksichtigt werden, daß dieser Anspruch des Eigentümers gegenüber dem Gläubiger ein obligatorischer ist und bei der Verkehrshypothek seine Wirkung gegenüber dem gutgläubigen Erwerber der Post verliert. Die Bestimmungen

des § 1163 BGB. über das Recht des Eigentümers an der nicht valutierten Hypothek heben die Vorschriften des § 892 über den guten Glauben beim rechtsgeschäftlichen Erwerb eines grundbuchlichen Rechtes, nach § 1138 BGB. auch in Ansehung der Forderung, nicht auf. Das Recht des Eigentümers an der Eigentümergrundschuld kann bei der Verkehrshypothek eben nur dem bösgläubigen Erwerber gegenüber durchgreifen.

Unter Umständen ist eine Beteiligung des Baugläubigers an der Baugeldhypothek auch gegen den Willen des Schuldners möglich, und zwar durch Pfändung des zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teiles der Hypothek. Allerdings verliert dieses Mittel an Wert, weil es seine Wirkung erst in dem Augenblicke zeigen kann, wo eine Eigentümergrundschuld tatsächlich entstanden ist. Die Eigentümergrundschuld kann entstehen

1. wenn die Hypothekenforderung ganz oder teilweise nicht zur Entstehung gelangt,
2. wenn die Forderung erlischt, sei es durch Zahlung, Verzicht oder sonst einen Grund[1]).

Bei der Baugeldhypothek liegen für die Entstehung der Eigentümergrundschuld die Verhältnisse insofern verwickelt, als durch die allmähliche Valutierung und durch den ständigen Wechsel der Höhe von Anspruch und Gegenanspruch zwischen Hypothekengläubiger und Schuldner die Feststellung außerordentlich erschwert wird, wenn tatsächlich eine Eigentümergrundschuld vorliegt. Für die Entscheidung dieser Frage ist

[1]) § 1163 BGB. bei Unwirksamkeit der Hypothek entsteht keine Eigentümergrundschuld, vgl. Turnau-Förster zu § 1163 S. 912.

auch hier notwendig, zu unterscheiden, ob eine Sicherungs-hypothek oder eine Darlehnshypothek für den Baugeldgeber eingetragen ist.

Für die Sicherungshypothek sind folgende Gesichtspunkte maßgebend: Solange Zahlungen seitens des Hypotheken-gläubigers auf die Hypothek geleistet werden und solange nicht feststeht, mit welchem Betrage die Hypothek nicht valutiert wird, kann von einer Entstehung einer Eigentümergrundschuld nicht gesprochen werden. Eine definitive Feststellung kann vielmehr erst getroffen werden, wenn der Rechnungsverkehr zwischen dem Hypothekengläubiger und Schuldner abgeschlossen ist, d. h. eine Eigentümergrundschuld ist erst dann vorhanden, wenn keine Zahlung auf die Hypothek seitens des Hypotheken-gläubigers mehr geleistet werden[1]. Dieses wird in den meisten Fällen erst dann vorkommen, wenn das Haus fertig-gestellt ist. Nur in Ausnahmefällen, wo Stockungen im Bau eintreten und infolgedessen der Rücktritt seitens des Baugeld-gebers vom Baugeldvertrage erklärt wird, wird schon vor Gebrauchsabnahme eine Eigentümergrundschuld entstehen können. Am häufigsten wird dieser Ausnahmefall eintreten, wenn die Zwangsversteigerung des Grundstückes betrieben wird; denn mit dem Augenblick der Beschlagnahme des Grund-stückes wird stets der Baugläubiger mit den Baugeldzahlungen aufhören und damit der Rechnungsverkehr zwischen Hypotheken-gläubiger und Schuldner als geschlossen angesehen werden können.

Für die Zulässigkeit der Pfändung hat der Umstand, daß eine Eigentümergrundschuld erst nach Abschluß des

[1] RG. Bd. 51, S. 118, Bd. 61 S. 38, ferner Oberneck in Gruchot Bd. 50, S. 584, Dernburg: Lehrb. S. 811, Güthe S. 1560.

Rechnungsverkehrs zwischen Hypothekengläubiger und Schuldner entstehen kann, die Folge, daß sie, solange das Vertragsverhältnis dauert, nicht möglich ist. Die Pfändung hat nicht die Wirkung, zerstörend auf das Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner zu wirken, sondern dieses Vertragsverhältnis bleibt ohne Rücksicht auf die vorgenommene Pfändung bestehen, und erst wenn es sich herausstellt, daß bei Abschluß des Rechnungsverkehrs zwischen der Valuta, die geleistet ist, und der Höhe der eingetragenen Hypothekensumme eine Differenz vorhanden ist, ist eine Wirksamkeit der Pfändung möglich [1]).

Die für die Sicherungshypothek aufgestellten Grundsätze können bei der Darlehnshypothek insofern nicht durchgreifen, als hier nicht gesagt werden kann, daß eine Eigentümerhypothek erst dann entstehen kann, wenn der Rechnungsverkehr zwischen Hypothekengläubiger und Schuldner abgeschlossen ist; hier ist vor die Valutierung eine Eigentümergrundschuld da, die durch die Zahlung der Valuta sich in eine Gläubigerhypothek verwandelt. Obgleich demnach hier scheinbar dem Pfändungsgläubiger ein weiterer Spielraum für die Pfändung gelassen wird, ist er im Grunde genommen doch nicht besser gestellt, als bei der Sicherungshypothek, denn das Pfändungsrecht des Gläubigers ist hier insoweit beschränkt, als er im Gegen-

---

[1]) Seufferts Archiv, Bd. 62, S. 379 ff., Bd. 58, S. 103 ff. Über die Eintragungsfähigkeit Predari S. 303, Dernburg: Lehrb. S. 811: Die Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld tritt, wie hervo.-gehoben ist, erst ein, wenn sich nach Maßgabe des der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts entschieden hat, daß und in welchem Betrage die Forderungen, zu deren Sicherung sie dienen, hinter dem eingegangenen Betrage zurückbleiben. Vgl. vor allem auch RG. Bd. 61, S. 41, Bd. 51, S. 115/117.

satz zu dem gutgläubigen Zessionar den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht für sich in Anspruch nehmen kann. Er hat vielmehr alle Einreden gegen sich gelten zu lassen, die zwischen den Beteiligten, also dem Hypothekengläubiger, dem Hypothekenschuldner und event. dem nachstehenden Hypothekengläubiger getroffen sind. Wäre z. B. eine Löschungsvormerkung zugunsten des nachstehenden Hypothekengläubigers vereinbart, so würde diese, auch wenn eine Eintragung im Grundbuch unterblieben wäre, rechtswirksam gegen den Pfändungsgläubiger geltend gemacht werden können. Ja sogar eine einfache mündliche Vereinbarung, daß die nachstehende Hypothek an den jeweilig gezahlten Teil des Baugeldes rücken solle, würde die Pfändung unwirksam machen [1]).

Diese Anschauung ist m. E. vor allem vom wirtschaftlichen Standpunkt zweckmäßig, weil der Hypothekengläubiger, der dem Baugelde den Vorrang einräumt, um die Möglichkeit der Bebauung des Grundstücks zu sichern, davor geschützt werden muß, daß durch Pfändungen von Fremdgläubigern dem Grundstücke Werte entzogen werden, und dadurch seine Hypothek ranglich schlechter wird. Freilich leidet darunter unter Umständen auch der Baugläubiger. Im Falle der Pfändung durch einen Baugläubiger wird man kaum sagen können, daß eine Benachteiligung des nachstehenden Hypothekengläubigers durch die Pfändung bewirkt wird, weil ja der Wert, für den dieser Gläubiger Zahlung beansprucht, in den Bau investiert ist. Dessenungeachtet kann das Pfändungs-

[1]) RG. Bd. 59, S. 313.

recht dieses Gläubigers nicht die vertraglichen Bestimmungen, welche zwischen den Beteiligten früher getroffen sind, aufheben. Einem Pfändungsgläubiger gegenüber, der nicht Baugläubiger ist, wird m. E. stets wirksam geltend gemacht werden können, daß die Valuta der Hypothek Baugeld ist, und daß nach den vertraglichen Bestimmungen die Auszahlung dieses Baugeldes an den Baugeldempfänger für den Baugläubiger durch die Pfändung der Eigentumsgrundschuld nicht gehindert werden kann.

Bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld ist noch zu berücksichtigen, daß zur Rechtsgültigkeit der Pfändung in den Fällen, wo eine Verkehrshypothek bestellt ist, die Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich ist [1]). Dieses Erfordernis wird von dem Pfändungsgläubiger sehr schwer zu erfüllen sein, da erfahrungsgemäß in derartigen Fällen der betreffende Hypothekenbrief meistens dritten Personen in Gewahrsam gegeben wird, um den Erfolg der Pfändung zu vereiteln. Der Gerichtsvollzieher wird fast nie den Hypothekenbrief bei dem zur Herausgabe Verpflichteten vorfinden.

2. Die Wirkung der Löschungsvormerkung.

Um dritte Personen von jedem Eingriff in die Eigentümergrundschuld auszuschließen, wird in der Regel zugunsten des Gläubigers, der mit seiner Hypothek dem Baugelde den Vorrang einräumt, eine Löschungsvormerkung bei der Baugeldhypothek eingetragen. Die Eintragung einer derartigen Vormerkung ist nach § 1179 BGB. zulässig und stellt nach dem Wortlaut dieses Paragraphen eine Verpflichtung des

[1]) RG. Bd. 59, S. 313. Sydow-Busch: zu § 857, S. 807.

Eigentümers dar, die Baugeldhypothek zur Löschung zu bringen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Da das Gesetz einer Beschränkung der Fälle, bei denen die Möglichkeit einer Vereinigung mit dem Eigentum gegeben ist, nicht vorsieht, erstreckt sich die Löschungspflicht auf alle Arten der Vereinigung von Hypothek und Eigentum, sei es durch Zahlung, Verzicht und Nichtvalutierung bezw. teilweise Valutierung usw. Während die Wirkung der Vormerkung bei einer Baugeldhypothek in allen übrigen Fällen analog den allgemeinen Grundsätzen über Eigentümergrundschuld und Vormerkung zu behandeln ist, bedarf der Fall, in dem die Hypothek sich mit dem Eigentum durch Nichtvalutierung bezw. nur teilweise Valutierung verbindet, einer eingehenden Erörterung infolge des eigenartigen Charakters der Baugeldhypothek.

Die Löschungsvormerkung hat nicht die Eigenschaft, die Entstehung einer Eigentümergrundschuld zu hindern [1]), sie legt vielmehr lediglich dem Eigentümer Schranken hinsichtlich der Verfügung über die Eigentümergrundschuld auf. Die Löschungsvormerkung kann dementsprechend ihre Wirkung erst dann ausüben, wenn eine Eigentümergrundschuld vorhanden ist [2]).

Bereits bei Behandlung der Frage über die Zession der Baugeldhypothek ist erwähnt worden, daß die Baugeldhypothek entweder als Verkehrshypothek oder als Sicherungshypothek eingetragen werden kann. Da bei der Sicherungshypothek erst dann von der Entstehung einer Eigentümergrundschuld ge-

---

1) Oberneck Bd. 1, S. 59.

2) Seufferts Arch. Bd. 60, S. 251, Oberneck in Gruchots Beitragen Bd. 50, S. 574.

sprochen werden kann, wenn der Rechnungsverkehr zwischen Hypothekengläubiger und Grundstückseigentümer abgeschlossen ist, so kann erst in diesem Moment die Löschungsvormerkung ihre Wirkung ausüben. Solange dies nicht der Fall ist und die Hypothek dem Hypothekengläubiger zusteht, ist dieser in der Verfügung über die Hypothek in keiner Weise beschränkt, weil die Vormerkung nicht die Hypothek als Gläubigerhypothek ergreift, sondern in ihrer zukünftigen Gestalt als eventuelle Eigentümergrundschuld [1]).

Selbstverständlich ist aber bei der Sicherungshypothek, daß die Verfügungsmöglichkeit über die Hypothek dem Gläubiger derselben nur insoweit zusteht, als er damit nicht die vertraglichen Rechte des Eigentümers verletzt. Auch der gutgläubige Erwerber kann seinen guten Glauben im Falle vertragswidriger Verfügung des Zedenten über die Hypothek weder gegen den Eigentümer noch gegen den Löschungsvormerkungsberechtigten geltend machen und müßte auf Verlangen des Eigentümers oder des Vormerkungsberechtigten über die erworbene Post Löschungsbewilligung erteilen, wenn er nicht den Nachweis der rechtmäßigen Valutierung der Post durch den Zedenten erbringen könnte. Es geht dieses vor allem aus der akzessorischen Natur der Sicherungshypothek hervor. Die Berechtigung des Vormerkungsberechtigten ergibt sich des ferneren aus § 883 bzw. § 888 BGB.

Weit verwickelter liegen die Verhältnisse bei der Baugeldhypothek, die als Verkehrshypothek eingetragen worden ist.

[1]) Vgl. KG. Jb. Bd. 21, S. A. 175, Planck: Kommentar Bd. 3, S. 680 Anm. 3, Turnau-Förster: S. 970, RG. Bd. 63, S. 156, KG. Jb. Bd. 26, S. A. 161.

Die Löschungsvormerkung wird gewöhnlich im Baugeldverkehr zugunsten des nachstehenden Hypothekengläubigers sofort im Anschluß an die Eintragung der Baugeldhypothek eingetragen, also zu einer Zeit, wo eine Valutierung der Baugeldhypothek noch gar nicht erfolgt ist; denn trotz der Eintragung als Verkehrshypothek, die den Hypothekengläubiger als Gläubiger der gesamten eingetragenen Summe nach außen hin legitimiert, geschieht bei der Baugeldhypothek die Zahlung der Valuta, wie mehrfach hervorgehoben, erst allmählich mit dem Fortschreiten des Baues. Da bei der Verkehrshypothek erst durch Zahlung der Valuta sich die Eigentümerhypothek in eine Gläubigerhypothek verwandelt, der Eigentümer aber durch die Löschungsvormerkung die Verpflichtung zur Löschung der Eigentümergrundschuld übernommen hat, so ergibt sich daraus die überraschende Konsequenz, daß die Valutierung der Hypothek unmöglich wäre, wenn eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, weil gerade durch die Valutierung das Gegenteil von der Löschung bewirkt wird, während der Inhaber der Hypothek infolge der Löschungsvormerkung nur zur Löschung berechtigt wäre. Mit andern Worten: die Vormerkung würde auf das Vertragsverhältnis zwischen Hypothekengläubiger und Schuldner vertragsvernichtend wirken. Dieses ist aber nicht der Zweck der Vormerkung.

Um zu einem andern Resultat zu gelangen, ist es nicht notwendig, daß der Gedanke aufgegeben wird, daß bei der Verkehrshypothek zunächst eine Eigentümergrundschuld und erst nach Valutierung eine Gläubigerhypothek vorhanden ist.

Es braucht hierbei lediglich berücksichtigt zu werden, ob es bei Bestellung der Löschungsvormerkung Parteiwille gewesen ist, daß der Vormerkungsberechtigte sofort zur Ausübung seines Rechtes befugt sein sollte, und dies kann für obigen Fall im Baugeldverkehr unbedenklich verneint werden. Wenn ein Hypothekengläubiger einer Baugeldhypothek den Vorrang einräumt und sich die Löschungsvormerkung bei dieser Hypothek zu seiner Sicherheit vom Eigentümer eintragen läßt, so beabsichtigt er damit, sich vor der rechtswidrigen Verfügung über die eventuelle Eigentümergrundschuld seitens des Eigentümers zu schützen und will verhindern, daß auf irgend eine Weise von dritter Seite ein Eingriff in die Eigentümergrundschuld vorgenommen werden kann. Er will dagegen nicht auf die Art der Valutierung einen Einfluß ausüben, soweit es sich bei der Valutierung von Zahlungen handelt, die für die Zwecke des Baues gegeben sind. Obgleich deshalb zwar formell nach dem Inhalt der Löschungsvormerkung der Vormerkungsberechtigte die Löschung der Baugeldhypothek verlangen könnte, würde in diesem einen Falle die Geltendmachung dieses Rechtes wider die guten Sitten verstoßen, weil der Vormerkungsberechtigte dem Baugeldnehmer bezw. dem Hypothekengläubiger jede Verfügungsmöglichkeit über die Hypothek nehmen würde, während er gerade zum Zwecke der Hergabe des Baugeldes, also zum Zwecke der Valutierung der Baugeldhypothek mit seiner Hypothek die Priorität eingeräumt hat.

Für den Fall der Valutierung der Hypothek durch den Baugeldgeber kann also der Vormerkungsberechtigte die

Löschung m. E. erst verlangen, wenn der Rechnungsverkehr zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer bezw. dem Baugeldempfänger abgeschlossen ist. Man wird dies um so unbedenklicher tun können, als ja bei näherer Betrachtung im inneren Verhältnis die Baugeldhypothek auch bei der formellen Eintragung als Verkehrshypothek in Wirklichkeit eine Sicherungshypothek ist.

Es fragt sich nun, wie die Rechtsverhältnisse liegen, wenn der Hypothekengläubiger, der nach dem Inhalte des Grundbuches als verfügungsberechtigt über die ganze Hypothek anzusehen ist, Teile der Hypothek abtritt, die noch nicht valutiert sind.

Die Löschungsvormerkung stellt, wie erwähnt, lediglich einen persönlichen Anspruch des Vormerkungsberechtigten gegenüber dem Eigentümer auf Löschung der Eigentümergrundschuld dar, aber gemäß § 883 bezw. § 888 BGB. hat diese Löschungsvormerkung dingliche Wirkung. Daher ist infolge der Vormerkung auch der Hypothekengläubiger in der Verfügung über die Hypothek insoweit beschränkt, als diese Verfügung das Recht des Vormerkungsberechtigten vereiteln oder verhindern würde. Desgleichen müßte der gutgläubige Erwerber einer derartigen, nicht valutierten Post die Vormerkung gegen sich gelten lassen. Die Zession wäre, soweit sie das Recht des Vormerkungsberechtigten vereitelt oder beeinträchtigt, unwirksam [1]), und damit hätte der Vormerkungsberechtigte die Befugnis, von dem Zessionar gemäß § 888

[1]) Vgl. JW. 1908, S. 275, Warneyer: Erg. 1911 Nr. 193, 379, 124. Staudinger: § 1179 1 K., Gruchots Beiträge Bd. 52, S. 1070,

BGB. die Löschung bezw. die Zustimmung zur Löschung ohne Rücksicht auf dessen guten oder bösen Glauben zu verlangen [1]).

Unter Umständen können aber auch Zessionen vorgenommen werden, die weder eine Beeinträchtigung noch eine Vereitelung der Rechte aus der Löschungsvormerkung darstellen. Solche Fälle kommen im Baugeldverkehr sehr häufig vor, wenn auf Anweisung des Eigentümers Teile der Hypothek an **Baugläubiger** abgetreten werden.

Da die Baugeldempfänger in vielen Fällen nicht genügende persönliche Sicherheit für die Baugläubiger bieten, verlangen diese eine dingliche Sicherung und diese wird ihnen in der Form gewährt, daß ein Teil der Baugeldhypothek, die noch nicht valutiert ist, an sie abgetreten wird. Die Baugläubiger nehmen dann die Valutierung dieser Teilhypotheken durch Lieferung von Waren zum Bau oder durch Leistung von Bauarbeiten vor. Formell wird man hier sagen können, daß derartige Zessionen dem Recht des Löschungs-Vormerkungsberechtigten zuwiderlaufen, weil sie Verfügungen über die Hypothek bedeuten, die mit seinem Recht nicht in Einklang zu bringen sind. Trotzdem muß man derartige Zessionen als gültig bezeichnen, weil sie tatsächlich nichts weiter als eine Valutierung der Hypothek im Rahmen der Vereinbarungen zwischen Baugeldnehmer, Baugeldgeber und dem Löschungs-Vormerkungsberechtigten bedeuten; denn der Vormerkungsberechtigte hat dem **Baugelde** den Vorrang eingeräumt und durch die Valutierung seitens eines Baugläubigers durch

[1]) Vgl. Staudinger zu § 888 b.

Baulieferung wird Valuta f ü r d e n B a u geleistet. Insoweit wollte der Vormerkungsberechtigte, als er die Eintragung der Vormerkung vereinbarte, eine Verfügungsbeschränkung nicht herbeiführen. Infolgedessen wird man nur dann von einer Beeinträchtigung des Vormerkungsberechtigten sprechen können, wenn die Hypothekenteile zu irgendwelchen andern Zwecken abgetreten sind und die Abtretungsvaluta für den Bau keine Verwendung findet. Nur in diesem Falle wird m. E. auch vertragsmäßig der Vormerkungsberechtigte von seinem Rechte auf Löschung Gebrauch machen können.

IV.

Die Stellung der Baugläubiger im Konkurse des Baugeldempfängers.

Noch völlig ungeklärt ist die Stellung, welche die Baugläubiger einnehmen, wenn der Baugeldempfänger in Konkurs gerät.

Hier bedürfen folgende 2 Fragen der Beantwortung:

1. Haben die Baugläubiger ein gesondertes Recht an dem Baugelde, das der Baugeldempfänger erhalten hat, das aber an die Baugläubiger noch nicht gezahlt ist, sondern infolge der Konkurseröffnung an den Konkursverwalter abgeführt ist?
2. Hat der Konkursverwalter das Recht, die Baugeldzahlungen des Kridars an die Baugläubiger anzufechten, wenn diese vor Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Konkursverfahrens geleistet worden sind?

Um die Beantwortung der zweiten Frage vorweg zu nehmen, so ist diese m. E. unbedenklich zu verneinen. Der Baugeldempfänger hat die einzelnen Bauraten an die Baugläubiger geleistet, um einer gesetzlichen Pflicht zu genügen. Hätte er die Zahlung nicht vorgenommen, so hätte er sich einer Verletzung des § 1 des Gesetzes vom 1./6. 1909 schuldig gemacht.

Da die Fremdgläubiger, welche keine Forderungen aus dem Bau haben, vor Eröffnung des Konkurses an dem Sondervermögen der Baugläubiger keinen Anteil haben und auf alle Fälle hinter den Zahlungen zurückstehen, welche aus dem Baugelde an die Baugläubiger geleistet werden, so liegt kein

Grund vor, die Fremdgläubiger im Falle des Konkurses nur deshalb besser zu stellen, weil der Schuldner in Konkurs geraten ist und damit die Position der Baugläubiger zu verschlechtern. Allerdings ist eine positive Bestimmung darüber im Gesetz vom 1./6. 1909 nicht enthalten, in welcher Beziehung dieses Gesetz zu den allgemeinen Bestimmungen der Konkursordnung treten soll. Aber der ganze Charakter des Bausicherungsgesetzes deutet darauf hin, daß das Baugeld, welches lediglich zur Befriedigung der Baugläubiger dienen soll, nicht den Bestimmungen der Konkursordnung unterliegen kann. Das Bausicherungsgesetz ist Spezialgesetz. Die Konkursordnung kann deshalb nur insoweit bei Bauforderungen in Anwendung gebracht werden, als ihre Bestimmungen dem Zweck dieses Gesetzes nicht widerspricht. Es gilt der Satz: Lex posterior derogat priori[1]).

Zweifelhafter ist es, ob der Konkursverwalter das Recht hat, Baugeld, das er vom Gemeinschuldner erhalten hat, unter die Gesamtgläubiger zu verteilen, gleichgültig, ob diese Baugläubiger sind oder ob es sich um private Gläubiger des Schuldners handelt. Hagelberg[2]) bejaht diese Frage mit der Begründung, daß der Konkursverwalter nicht Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes vom 1./6. 1909 sei. Hierzu wäre erforderlich, daß er in den Baugeldvertrag eintritt.

Diese Argumentation muß auf den ersten Blick richtig erscheinen, denn tatsächlich kann die Verwendungspflicht des

---

[1]) Bl. f. R. 1911, S. 82, Goldbaum: Zentralmarkt für Grundstücks- und Hypothekenverkehr, im Berl. Tagebl. Nr. 47, Jahrg. 1911, Hagelberg: ebenda Nr. 12, Jahrg. 1911, Urteil des Kammerger. vom 22./9. 1911 in der Bauwelt Nr. 112, S. 59, Jahrg. 1911.

[2]) Hagelberg: Komm. zu § 1, 27 u. 96.

Baugeldes auf andere nur übergehen durch vertragliche Übernahme der Pflichten aus dem Baugeldvertrage.

Es fragt sich nun aber, ob sich eine Pflicht des Konkursverwalters zur bestimmungsgemäßen Verwendung des Baugeldes nicht von anderen Gesichtspunkten aus rechtfertigen läßt. Zunächst muß auch hier gesagt werden, daß das Baugeld im Gesetz vom 1./6. 1909 als ein Sondergut aufgefaßt ist, das lediglich den Zweck hat, zur Befriedigung der Baugläubiger verwendet zu werden. Gelangt aber ein Teil dieses Baugeldes in die Konkursmasse, um allen, auch den privaten Gläubigern des Gemeinschuldners zugute zu kommen, so wird damit kaum den Schutzbestimmungen des Gesetzes vom 1./6. 1909 Genüge getan sein. Schon auf Grund dieser Erwägungen kommt Goldbaum[1]) zu dem Schluß, daß die Rechtsveränderung nach Eröffnung des Konkurses sich „auf Kosten der Baugläubiger ohne Rechtsgrund" vollzieht und deswegen eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt. Er spricht deshalb den Gläubigern aus dem Bau eine Masseforderung zu, die vorerst zu begleichen ist[2]).

Zu demselben Resultat gelangt man auch, wenn man die allgemeine, rechtliche Stellung des Konkursverwalters zum Gemeinschuldner prüft. Die rechtliche Natur des Konkursverwalters ist äußerst bestritten. Die überwiegende Meinung geht wohl dahin, ihn als den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners aufzufassen; obgleich gegen diese Meinung verschiedene Bedenken geltend gemacht werden können, so scheint sie m. E. dem Wesen des Konkursverwalters am nächsten zu

[1]) Goldbaum: a. a. O.
[2]) KO. §§ 59/60.

kommen. § 6 der KO. bestimmt lediglich „das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt". Hieraus geht hervor, daß durch die Hereingabe des Vermögens in die Konkursmasse der Gemeinschuldner das Eigentum an diesem Vermögen nicht verliert. Der Grund, weshalb ihm die Verwaltung und Verfügung über das Vermögen entzogen wird, liegt in der unwirtschaftlichen Verwaltung durch ihn, die eine Benachteiligung der Gläubiger zur Folge gehabt hat und eine weitere Benachteiligung befürchten läßt; deshalb soll eine weitere Verminderung des Vermögens bei dem erheblichen Interesse des Gläubigers vermieden werden. Der Wechsel der Vermögensverwaltung ändert aber an seiner Eigentümerschaft nichts.

Auch nach der Eröffnung des Konkurses hat der Gemeinschuldner — eben weil er Eigentümer des Vermögens bleibt — ein lebhaftes Interesse an der Entwicklung des Verfahrens und an der Verwertung des Kapitals durch den Konkursverwalter, da immerhin die Möglichkeit besteht, daß die Gläubiger aus der Masse voll befriedigt werden und ein Überschuß dem Schuldner verbleiben kann. Wenn deshalb die Verwaltung über das Vermögen des Gemeinschuldners ausgeübt wird, kann dieses nur in Vertretung des Schuldners geschehen, da ja die Gläubiger kein Eigentumsrecht an dem Vermögen haben. Das schließt natürlich nicht aus, daß der Konkursverwalter auch — und dies ist seine Hauptaufgabe — im Interesse der Gläubiger handelt. Die Wahrnehmung dieses Interesses darf aber nicht dazu führen, daß der Konkursverwalter auch Rechtshandlungen vornimmt, die im direkten

Widerspruch zu Verpflichtungen stehen, die dem Gemeinschuldner vom Gesetz auferlegt worden sind. Eine solche Verpflichtung besteht aber für den Gemeinschuldner hinsichtlich des Geldes, das er von dem Baugeldgeber zur Bestreitung der Bauforderungen erhalten hat. Wenn der Konkursverwalter dieses Sondergut in die Konkursmasse erhält, so erlischt damit nicht die Verwendungspflicht. Der Einwand Hagelbergs [1]), das Baugeld sei nicht eine besondere Art von Geld, die Münzen seien nicht mit besonderen rechtlichen Qualitäten behaftet, greift m. E. nicht durch. Gewiß sind die Münzen nicht mit besonderer Qualität ausgestattet, aber das schließt doch nicht aus, daß die Verwendungspflicht weiter bestehen bleibt, wenn der Konkursverwalter Baugeld erhält. Nicht den einzelnen Münzen, sondern dem Vermögenswert in Höhe des gezahlten Baugeldes haftet die Eigenschaft an, daß dieser Wert für bestimmte Personen Verwendung finden soll. Wenn der Konkursverwalter in Vertretung des Gemeinschuldners diesen Vermögenswert übernimmt, so ist er auch verpflichtet, die Zahlung an die Baugläubiger in Anerkennung der pflichtgemäßen Verwendung vorzunehmen. Die angebliche Lücke im Gesetz, von der Hagelberg spricht, ist nicht vorhanden. Die Verwendungspflicht ergibt sich aus der Stellung des Konkursverwalters als Vertreter des Gemeinschuldners und aus den Schutzbestimmungen des Gesetzes vom 1./6. 1909.

[1]) Hagelberg: Zentralmarkt für Grundstücks- und Hypothekenverkehr a. a. O.

Gruenauer'sche Buchdruckerei Richard Krahl Bromberg 28486